

Erververs mulighet til å tilpasse virksomhetsoverdragelser

En redegjørelse for begrepet virksomhetsoverdragelse, og analyse av erververs innflytelse på definisjonen

Kandidatnummer: 772

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17.881



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling og disposisjon	1
1.2	Rettskildene.....	1
1.3	Reglenes formål	3
1.4	Erververs interesse	4
2	ANVENDELSESOMRÅDET FOR REGLENE	6
2.1	Opptakt.....	6
2.2	Hvem er beskyttet av reglene?	6
2.3	Overdragelse til en annen arbeidsgiver	7
2.3.1	Arbeidsgiverskifte	7
2.3.2	Transaksjonsform	7
2.4	Overføring av en selvstendig enhet.....	10
2.5	Identitet	12
3	TILPASNING AV VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE	16
3.1	Problemstilling	16
3.2	Erververs fremgangsmåte	17
3.3	Oppdeling av transaksjoner.....	19
3.4	Transaksjons- og organisasjonsform.....	21
3.5	Transaksjonsgjenstand	24
3.6	Eiendomsrett eller rådighet	33
3.7	Endringer foretatt av erverver	35
3.7.1	Organisatorisk oppbygning.....	35
3.7.2	Aktiviteten	37
4	AVSLUTNING	41
4.1	Omgåelseshensikt som grense for tilpasningen	41
4.2	Interessefellesskap	47
4.3	Konklusjon	48
5	REFERANSEREGISTER.....	50

1 Innledning

1.1 Problemstilling og disposisjon

Dagens bedrifter gjennomfører stadig omstruktureringer, blant annet i form av kjøp og salg, utkontrahering eller privatisering i offentlig sektor.¹ Mange av disse tiltakene innebærer at arbeidsgiveren skiftes ut, og temaet for denne avhandlingen er de omstillinger som kvalifiserer til å være en virksomhetsoverdragelse i henhold til definisjonen i arbeidsmiljøloven (aml.).² Er vilkårene i loven oppfylt vil arbeidstager som utgangspunkt være upåvirket av omstruktureringen, og arbeidsforholdet vil fortsette hos den nye arbeidsgiveren.³ I samsvar med EU-direktivets definisjon betegnes den arbeidsgiver som opphører å være arbeidsgiver ved overdragelsen overdrager, og den som overtar betegnes erverver.⁴

Problemstillingen som reises, er om erververen av en virksomhet har mulighet til å påvirke omstillingen slik at reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kommer til anvendelse. Som del av problemstillingen omfattes de tilfeller hvor bedrifter strukturerer virksomheten med hensikt å unngå arbeidsrettslige forpliktelser. Undersøkelsen av begrepet virksomhetsoverdragelse og erververs tilpasningsmuligheter vil legge grunnlaget for en vurdering av om det finnes en grense mot uberettiget omgåelse av reglene.

I oppgaven har jeg avgrenset temaet mot reglenes rettsvirkninger og behandlingen av arbeidsforholdets stilling ved konkurs. Avhandlingen er disponert slik at jeg først redegjør for begrepet virksomhetsoverdragelse før jeg deretter undersøker erververs tilpasningsmuligheter. Avslutningsvis redegjør jeg for betydningen av omgåelseshensikt, og nevner lovforslag til løsning på noen av problemene som reises.

1.2 Rettskildene

For at arbeidsforhold skal gå over til den nye arbeidsgiver ved overføring av virksomhet, må dette enten avtales mellom arbeidstager og arbeidsgiver eller følge av rettsregler. Slike regler følger i dag av arbeidsmiljøloven, og av § 16-1 fremgår det at de kommer til anvendelse ved overdragelse av virksomhet. Loven gjennomfører rådsdirektiv 2001/23/EF (direktivet), men innfører ingen materielle endringer i anvendelsesområdet.⁵

¹ Mona Bråten (red) 2011 s. 43-48

² Aml. § 16-1

³ Aml. § 16-2

⁴ Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 2 første ledd

⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) merknad til § 16-1

Norge har hatt særskilte lovbestemmelser om virksomhetsoverdragelse siden 1977,⁶ hvilket er samtidig som i EU-retten.⁷ Reglene var imidlertid ikke sammenfallende. De norske begrenset seg til å gjelde eierskifter,⁸ mens direktivet krevde at den juridiske person ble utskiftet, allikevel slik at det rammet langt flere omstillingsprosesser. Som følge av at direktivet både hadde et videre anvendelsesområde og gav bedre rettighetsbeskyttelse,⁹ var det nødvendig å foreta endringer i lovverket ved tilslutningen til EØS i 1994.¹⁰ Utover at endringsdirektivet av 1998 unntok overføringer fra virksomheter under konkurs, er ikke anvendelsesområdet for direktivet blitt forandret.¹¹ Dog er begrepet virksomhetsoverdragelse blitt spesifisert ved at praksisen fra EU-domstolen er kodifisert.¹² Ved implementeringen av endringsdirektivet i 2001 gav lovgiver reglene full anvendelse i offentlig sektor,¹³ hvilket innebærer en utvidelse i forhold til direktivet.¹⁴

Som lagt til grunn i lovens forarbeider,¹⁵ av Høyesterett¹⁶ og i den juridiske teori¹⁷ er det ikke holdepunkter for at arbeidsmiljøloven har et annet anvendelsesområde enn direktivet, med unntak for utvidelsen i offentlig sektor. Dette gjelder på tross av at direktivet gir Norge adgang til å fravike reglene til arbeidstagers gunst.¹⁸

De norske reglene er basert på et direktiv, og aml. § 16-1 skal derfor tolkes i lys av direktivet.¹⁹ Dette følger helt grunnleggende av prinsippet om direktivkonform tolkning,²⁰ og presumpsjonsprinsippet som forutsetter at de norske regler samsvarer med direktivet, med mindre annet tydelig fremgår.²¹ Avgjørelsene som er avsagt av EU-domstolen før inngåelse av EØS-avtalen er bindende.²² Ifølge ODA-avtalen skal imidlertid EFTA-domstolen også ta «til-

⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 (aml. 1977)

⁷ Rådsdirektiv 77/187/EØF

⁸ Aml. 1977 § 60

⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 15

¹⁰ Lov 27. november 1992 nr. 115

¹¹ Rådsdirektiv 1998/50/EF fortalen fjerde betraktning og Rådsdirektiv 2001/23/EF fortalen åttende betraktning. Også Davies 1998 s. 366-367 og Rt. 2006 s. 71 avsnitt 71

¹² Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1

¹³ Lov 15. juni 2001 nr. 33

¹⁴ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 13

¹⁵ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 15, Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) kap. 1 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 21.2.4

¹⁶ Rt. 1997 s. 1954 s. 1961, Rt. 2001. s. 248 og Rt. 2006 s. 71 avsnitt 68

¹⁷ Dege 2009 s. 744

¹⁸ Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 8

¹⁹ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 68 og Næss 2013 s. 35

²⁰ Næss 2013 s. 20 flg.

²¹ Sejersted m.fl. 2011 s. 265-267. Eksempel Rt. 1997 s. 1965 (s. 1975-1976)

²² EØS-avtalen art. 6

børlig hensyn» til senere avgjørelser fra EU-domstolen,²³ og det følger av rettspraksis at de har lagt de samme fortolkningsprinsipper til grunn.²⁴ Videre forutsettes det i lovens forarbeider at reglene skal tolkes på grunnlag av avgjørelsene fra EFTA- og EU-domstolen, og det er derfor ikke en stor rettskildemessig forskjell på avgjørelser avsagt før og etter avtaleinngåelsen.²⁵ Uttalelsene fra EFTA-domstolen er som utgangspunkt rådgivende,²⁶ men i praksis er de tillagt vesentlig vekt, og de fravikes bare dersom særlige grunner foreligger.²⁷

Som utgangspunkt skal både EFTA og EU-domstolen kun tolke direktivet, og ikke foreta subsumsjoner.²⁸ På tross av dette går domstolen i flere avgjørelser langt i å uttale seg om hva som er av særlig betydning, hvilket fremstillingen også vil vise.

I forberedelsen av saker for EU-domstolen, fremmer Generaladvokaten et forslag til domsavgjørelse. Disse uttalelsene er hevdet å ha samme rettskildevikt som juridisk litteratur.²⁹ I denne fremstillingen benyttes forslagene først og fremst til å tolke avgjørelsene fra EU-domstolen. Av rettslitteratur ellers er det hovedsakelig norsk, svensk og dansk teori som har blitt undersøkt, dels av hensyn til nærhet i rettstradisjon og dels av hensyn til tilgjengelighet. Noe engelsk litteratur er også behandlet, men ikke konsekvent gjennomgått av hensyn til den lave rettskildevikten. Ettersom reglene er basert på et EU-direktiv, kan imidlertid utenlandsk litteratur som tolker denne retten være illustrativ for gjeldende rett også i Norge.

1.3 Reglenes formål

Direktivets uttalte formål kan sies å være todelt. For det første er det å ivareta arbeidstagers rettigheter ved skifte av arbeidsgiver.³⁰ For det annet er det å harmonisere og minske forskjellene i reglene innenfor det europeiske fellesmarked.³¹ I praksis fra EU-domstolen er vernehensynet forstått slik at arbeidstager skal kunne fortsette i erververens tjeneste på samme vilkår som avtalt med overdrageren.³² Markedshensynet er formulert slik at direktivet skal gjøre

²³ ODA-avtalen art. 3 annet ledd

²⁴ E-2/95 avsnitt 24, E-2/96 avsnitt 22 og E-2/04 avsnitt 21

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 21.2 og merknaden til § 16-1. Også Rt. 1996 s. 1954 s. 1961

²⁶ ODA-avtalen art. 34

²⁷ Rt. 2000 s. 1811 s. 1820 og Rt. 2013 s. 258 avsnitt 94

²⁸ TEUF art. 267 og ODA-avtalen art. 34

²⁹ Mulder 2004 s. 85-84

³⁰ 2001/23/EF fortalen tredje betraktning og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 21.1

³¹ Rådsdirektiv 2001/23/EF fortalen fjerde betraktning

³² 105/84 avsnitt 15, se også C-458/12 avsnitt 49

det mulig å opprette et indre marked.³³ Tanken er at forskjeller i beskyttelsesnivå kan innvirke negativt på det indre markedes funksjon.³⁴

EU-domstolen har lagt til grunn at direktivet ikke innfører en ensartet beskyttelse for hele EU basert på felles kriterier, men isteden kun en delvis harmonisering. Direktivets formål er således at arbeidstager skal bevare sine rettigheter etter internrettslige regler ved overdragelse til ny arbeidsgiver, men ikke mer.³⁵ Arbeidsgivers styringsrett er følgelig uendret.³⁶

Ved tolkningen av reglene anvender EU-domstolen en teleologisk og dynamisk tilnærming. Formålsbetraktninger er følgelig viktig, og departementet har lagt til grunn at dette gjelder særlig i tvilstilfelle.³⁷ Et betegnende eksempel er *Klarenberg* hvor domstolen uttaler at enhets- og identitetsvilkåret skal fortolkes strengt på bakgrunn av formålsbetraktninger.³⁸

1.4 Erververs interesse

Det er som påpekt i saken fra EU-domstolen *d'Urso*, åpenbart at direktivet innebærer en begrensning i næringsfriheten.³⁹ I *Liikenne* ble det understreket at markedet selv under direktivet, har en rekke vilkår som det kan konkurreres om. Ettersom markedsaktørene rammes likt av direktivet, fant domstolen det ikke betenkelig å binde erverver ut i fra hensyn til rettssikkerhet og forutberegnelighet.⁴⁰

På bakgrunn av at direktivet kun tilsikter en delvis harmonisering, har EU- og EFTA-domstolen allikevel funnet at direktivets mål er å sikre en rimelig balanse mellom arbeidstager og erverver. Dette er blitt forstått slik at erverver må kunne foreta de justeringer og endringer, som er nødvendige for å drive virksomheten videre.⁴¹ Et visst råderom for erverver må dermed innfortolkes i direktivets regler, for i motsatt fall vil den «rette balance» mellom arbeidstager og erverver forrykkes.⁴² Hvor langt hensynet til erverver skal gå, er på den annen side ikke helt klart etter disse avgjørelsene. I *Deveci* tolket domstolen art. 3 innskrenkende slik at

³³ C-232/04 avsnitt 40.

³⁴ 77/187/EØF fortalen fjerde betraktning

³⁵ 105/84 avsnitt 26 og C-328/13 avsnitt 22

³⁶ 324/86 avsnitt 17 og Evju 2010 s. 463 flg.

³⁷ C-466-07 avsnitt 37, Mulder 2004 s. 90-91, Næss s. 24-25, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 259 og Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 45

³⁸ C-466-07 avsnitt 40-41

³⁹ 362/89 avsnitt 15

⁴⁰ C-172/99 avsnitt 22-24. Også Rt. 2010 s. 330 avsnitt 79

⁴¹ C-499/04 avsnitt 31, C-426/11 avsnitt 25, C-328/13 avsnitt 29 og E-10/14 avsnitt 57 og 63

⁴² C-426/11 avsnitt 29

tariffavtalen som fikk anvendelse selv etter dens opphør, måtte begrenses i tid. Som McMullen og Wynn-Evans også anfører, åpner *Alemo-Herron* for at andre hensyn enn bare ivaretagelse av arbeidstagerrettigheter, kan være relevante.⁴³

EU-domstolen har også konstatert at direktivet må tolkes i lys av de grunnleggende rettigheter som følger av EU-charteret, som eksempel retten til å drive virksomhet.⁴⁴ Selv om Norge ikke direkte er bundet av charteret,⁴⁵ er retten til å drive virksomhet ansett å være grunnleggende også i EØS-retten.⁴⁶ Dette innebærer at både direktiv og arbeidsmiljøloven må tolkes i samsvar med retten til å drive virksomhet.

Domstolen gikk et skritt videre i *Alemo-Herron*, og konstaterte at direktivets regler ikke kan fravikes til gunst for arbeidstager i den grad det innebærer inngrep i «selve substansen» av erververs rett til å opprette og drive egen virksomhet.⁴⁷ Synspunktet ledet til at erverver ikke ble ansett forpliktet til å oppfylle de individuelle forpliktelsene som fulgte av senere inngått tariffavtale. Som følge av avgjørelsen, unntok Storbritannia slike dynamiske rettigheter fra sin gjennomføringslov.⁴⁸

Tolkningen i *Alemo-Herron* representerer ikke noe nytt i rettskildebildet, da domstolen også tidligere har funnet at arbeidstagers rettigheter må begrenses i lys av grunnleggende rettigheter.⁴⁹ I teorien er det blitt stilt spørsmål om det er riktig at direktivet må avveies mot arbeidsgivers interesse, og om artikkel 16 er gitt for stor rekkevidde.⁵⁰ At erververs interesse kan utgjøre en relevant tolkningsfaktor er for øvrig blitt fulgt og gjentatt av EU-domstolen.⁵¹

⁴³ McMullen 2014 s. 192-193, Wynn-Evans 2014 s. 204-206

⁴⁴ C-426/11 avsnitt 30

⁴⁵ Fredriksen 2013 s. 373-374 og Evju 2013 s. 2-3

⁴⁶ E-10/14 avsnitt 64

⁴⁷ C-426/11 avsnitt 36

⁴⁸ Statutory Instruments 2014 nr. 16 art. 7

⁴⁹ C-438/05, C-341/05 og Stein Evju 2010 s. 372 flg.

⁵⁰ Jeremias Prassls 2013

⁵¹ C-328/13 avsnitt 29

2 Anvendelsesområdet for reglene

2.1 Opptakt

På bakgrunn av lovtekst og praksis, kan det angis tre vilkår for at reglene skal få anvendelse:⁵²

- I Virksomheten er overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt eller ved sammen-
slåing av virksomheter
- II Overføringen må gjelde en selvstendig økonomisk enhet
- III Den videreførte virksomheten er i det vesentlige den samme som før overføringen, slik
at dens identitet er bevart

At kravet til transaksjonsform er slått sammen med kravet til arbeidsgiverskifte, kan sies å være et utslag av en rettspraksis fra EU-domstolen som har ansett som det vesentlige at det foregår en utskiftning av arbeidsgiveren.⁵³

2.2 Hvem er beskyttet av reglene?

For å være sikret rettighetene etter reglene om virksomhetsoverdragelse, må vedkommende for det første ansees å være en arbeidstager.⁵⁴ Ifølge direktivet omfattes så vel faste som midlertidige ansatte, deltidsansatte, og arbeidstagere i bemanningsbyråer.⁵⁵ For det annet må arbeidstageren enten ha en arbeidsavtale eller arbeidsforhold med den overførte virksomheten på tidspunktet for overdragelsen.⁵⁶ Ikke-kontraktuelle arbeidsforhold omfattes, men arbeidstageren må være tilknyttet virksomheten som overføres.⁵⁷ I norsk rett synes utgangspunktet å være at det er den faktiske primærtilknytning som er utslagsgivende.⁵⁸ I praksis fra EU er det vektlagt om arbeidstager organisatorisk er tilknyttet enheten,⁵⁹ men som fremhevet i teorien, er dette begrenset til situasjoner hvor enheten har nokså klare organisatoriske rammer.⁶⁰

⁵² Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 47-49

⁵³ C-458/05 avsnitt 25. Også Commission Report on Council Directive 2001/23/EC 2007 punkt 2.2

⁵⁴ Aml. § 1-2 og 2001/23/EF art. 2 første ledd litra d

⁵⁵ 2001/23/EF art. 2 annet ledd

⁵⁶ Aml. § 16-2 og 2001/23/EF art. 3 første ledd

⁵⁷ C-242/09 avsnitt 24

⁵⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 32, Fougner m.fl. 2006 s. 184-185 og Jetlund 2010 s. 310

⁵⁹ 186/83 avsnitt 15 og C-449/93 avsnitt 31

⁶⁰ Jetlund 2010 s. 358, Næss 2013 s. 102 Fougner m.fl. 2006 s. 945 flg.

2.3 Overdragelse til en annen arbeidsgiver

2.3.1 Arbeidsgiverskifte

Ifølge lovteksten må overdragelsen skje til en annen arbeidsgiver, hvilket innebærer at den opprinnelige arbeidsgiver må overdra virksomheten til en ny. Ved fastleggelsen av hvem som er arbeidsgiver, tar man utgangspunkt i den juridiske eller fysiske person som formelt har arbeidstageren ansatt hos seg.⁶¹ Imidlertid er det forutsatt i forarbeidene at et funksjonelt arbeidsgiverbegrep kan gjelde når en annen i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.⁶² Konsernselskaper er som utgangspunkt egne enheter, men de kan identifiseres dersom særlige grunner foreligger.⁶³

Fra rettspraksis hvor man har vektlagt det reelle forhold, kan nevnes *Songa Services*. Høyesterett kom til at brukervirksomheten av seconderte arbeidstagere var arbeidsgiver, og ikke utleier, fordi leieforholdet hadde karakter av et ordinært ansettelsesforhold.⁶⁴ Fra EU-domstolen er *Albron* et eksempel på at både et bemanningsbyrå og brukervirksomheten kan være arbeidsgivere i direktivets forstand.⁶⁵

Etter ordlyden er det tilstrekkelig at arbeidsgiver skiftes ut, og det er tilfelle når den fysiske eller juridiske person som er rettslig ansvarlig for virksomheten, byttes ut. Ifølge *Allen* gjelder dette selv om virksomhetene ikke bare har samme eiere, men også samme ledelse, lokaler og utøver samme aktivitet.⁶⁶ Det er ikke noe krav om at overdrager og erverver skal være uavhengige, og det er således uten betydning om overdrager utøver styringsbeføyelser over erverver.⁶⁷ At et konsernselskap instruer datterselskapet er dermed irrelevant.

Motsatt er det derimot hvis den juridiske eller fysiske person vedblir å drive virksomheten. Dette er tilfelle når bare eierskapet i den juridiske person endres, typisk ved aksjekjøp. I slike situasjoner er arbeidsgiver fortsatt den samme juridiske person, og dette ansees ikke å være en relevant overdragelse.

2.3.2 Transaksjonsform

⁶¹ Aml. § 1-8

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 6.2.4 og kap. 21.2.4

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 6.2.4

⁶⁴ Rt. 2012 s. 983 avsnitt 103

⁶⁵ C-242/09 avsnitt 26

⁶⁶ C-234/98 avsnitt 17

⁶⁷ C-458/12 avsnitt 50

Lovteksten betegner virksomhetsoverføringen som overdragelse.⁶⁸ Begrepet hentyder etter alminnelig språkbruk til en frivillig avtale om overføring. Direktivteksten stiller uttrykkelig krav til en kontraktsmessig overdragelse.⁶⁹ Selv om det ikke følger av lovteksten, er det forutsatt i forarbeidene at reglene også får anvendelse på fisjon og fusjon.⁷⁰

I rettspraksis er det lagt til grunn at begrepet overdragelse ikke kan tas på ordlyden. Dels er det begrunnet med at direktivet i de forskjellige språkdrakter har ulik betydning, og dels med at det ellers ikke ville være forenlig med direktivets formål om ivaretagelse av arbeidstagers rettigheter.⁷¹ Det er allikevel blitt stilt et krav i rettspraksis om en viss avtalemessig forankring.⁷² I motsetning til direktivteksten, lot lovgiver imidlertid være å ha et krav til kontraktsmessig innehaverskifte fordi begrepet var tolket så vidt i EU-praksis.⁷³

Ved tolkning kan det være grunn til å stille alle arbeidstagere som befinner seg i lignende situasjoner som dem ved eierskifter, tilnærmet likt. Sett fra arbeidstagers side spiller det liten rolle om det inngås avtale mellom hans arbeidsgiver og en erverver, eller om det er en annen bedrift som overtar virksomheten uten noen avtale dem imellom.

Disse betraktningene har ledet EU-domstolen til å tolke overdragelsesvilkåret utvidende. For det første kan det nevnes at det ikke er noen formkrav til avtaleinngåelsen, slik at også stilltidsavtaler om overføring omfattes.⁷⁴ Det er heller ikke et krav om at eiendomsretten overføres ved overdragelsen.⁷⁵ Eksempelvis er både inn- og utkontraktering ansett for å være relevante overdragelser, selv om overføringen kun skjer til fordel for overdrager.⁷⁶

Videre er det konstatert at overføring ikke behøver å skje ved frivillige avtaler, men at den kan være besluttet ensidig av en part, ved en rettsavgjørelse eller ved lovgivning.⁷⁷

Kriteriet om at overføringen må være skjedd som ledd i et kontraktsforhold, er tolket slik at det omfatter både direkte og indirekte avtaler. Det foreligger eksempelvis en relevant over-

⁶⁸ Aml. § 16-1

⁶⁹ Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1

⁷⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) merknad til § 73A

⁷¹ 135/83 avsnitt 13 og 18

⁷² 101/87 avsnitt 13 og Rt. 2012 s. 983 avsnitt 61

⁷³ Ot.prp. nr. 71 (1991-1991) s. 18 og s. 32-33

⁷⁴ C-458/05. avsnitt 25

⁷⁵ 287/86 avsnitt 12

⁷⁶ C-127/96 og C-209/91 avsnitt 17

⁷⁷ 144/87, C-29/91 avsnitt 16-17 og E-3/01 avsnitt 23

dragelse i trepartsforhold, hvor avtalene inngås i to trinn med samme mellommann.⁷⁸ Dette kan typisk være ved overtagelse av leieavtaler⁷⁹ eller kontrakter på anbud.⁸⁰ Sistnevnte gjelder også hvor det offentlige er bestiller.⁸¹ På den annen side kan den omstendighet at det ikke foreligger et kontraktsforhold mellom overdrager og erverver, tale for at det ikke er en overdragelse.⁸²

Et annet spørsmål er om det må være inngått avtale direkte mellom overdrager og den felles tredjemann. I *Temco* ble spørsmålet besvart avkreftende, og det var ifølge domstolen en relevant overdragelse da bestilleren sa opp avtalen og overdrog den til en ny leverandør, selv om kontraktsinnehaveren hadde satt ut oppgaven til en underentreprenør.⁸³ En sammenlignbar situasjon var forelagt Høyesterett i *Bardufoss Flyservice*. Her hadde hverken overdrager eller erverver avtale med bestiller, men de var isteden underleverandører til kontraktsinnehaverne SAS og senere Norwegian. Dette ble ansett for å være en tilstrekkelig under hensyntagen til at siste kundeledd var den samme, nemlig Forsvaret.⁸⁴

En annen sak hvor spørsmålet om kontraktsmessig sammenheng er blitt satt på spissen, er *Songa Services*. Her hadde Stenakonsernet kontrakt med StatoilHydro, for levering av driftstjenester knyttet til en rigg på Trollfeltet. Stena chartret riggen av Songakonsernet. Ved utløp av leiekontrakten leide Songakonsernet deretter riggen ut til et datterselskap for levering av driftstjenester på Alvheimfeltet. Tilknytningen til riggen og den omstendighet at videreføring av driften på riggen skjedde som følge av utløpet av bareboat- og driftskontrakten, gjorde at overføringen ble ansett å ha en tilstrekkelig kontraktsmessig kobling.⁸⁵

⁷⁸ 101/87 avsnitt 14

⁷⁹ 324/86, Rt. 1995 s. 849

⁸⁰ E-2/95, Rt. 1997 s. 1965 og C-13/95

⁸¹ C-173/96 avsnitt 24

⁸² C-172/99 avsnitt 28

⁸³ C-51/00 avsnitt 32

⁸⁴ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 58

⁸⁵ Rt. 2012 s. 938 avsnitt 81

2.4 Overføring av en selvstendig enhet

Det andre vilkår er at virksomheten som overdras, må være en selvstendig enhet.⁸⁶ Ifølge forarbeidene omfattes alle typer virksomheter som sysselsetter arbeidstagere.⁸⁷ Etter § 16-1 gjelder dette også selv om det kun er en del av en virksomhet som overføres. Det er i teksten ingen begrensninger med hensyn til selskapsform, finansieringsmåte eller hvilken type aktivitet som utføres.⁸⁸ Direktivet omfatter både primære og sekundære aktiviteter, så lenge virksomheten kan sies å være en samling ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet.⁸⁹ I Norge er reglene gitt full anvendelse i offentlig sektor.⁹⁰

I henhold til lov- og direktivtekst stiller enhetskriteriet opp et krav til at organiseringen er selvstendig, og et krav til at ressursene i virksomheten er tilstrekkelige til å fortsette driften. I *Jouini* er dette formulert slik at enheten må utgjøre en operasjonell helhet som i seg selv er tilstrekkelig til å gjøre det mulig å prestere tjenesteytelser.⁹¹ Virksomheten må være stabil nok til å utføre aktivitet over en viss tid, og det er ifølge praksis en grense mot ferdigstillelse av entrepriser.⁹²

Hvilke krav som kan stilles til enheten, skal baseres på virksomhetens karakter.⁹³ Er det overført sentrale aktiva, kan dette eksempelvis utgjøre en enhet. Som nevnt i tidligere forarbeider kan sågar overføring av en sentral fast eiendom være tilstrekkelig.⁹⁴ Et annet eksempel er der virksomheten hovedsakelig baseres på arbeidskraften. Her kan en organisert helhet av personer, utgjøre en relevant enhet.⁹⁵ I et slikt tilfelle vil det ikke ha betydning at enheten mangler materiell eller immaterielle midler, så lenge personalet kan utføre virksomhetens aktiviteter uten andre produksjonsfaktorer. Det finnes ikke en nedre grense i størrelse for hva som utgjør en virksomhet, noe som eksemplifiseres av *Schmidt* hvor kun en renholder var nok.⁹⁶

Organisasjonskriteriet innebærer at overdrager må ha en viss frihet ved tilretteleggelsen og utførelsen av arbeidet, uten at arbeidsgivers andre organisasjonsstrukturer direkte innblander

⁸⁶ Aml. § 16-1

⁸⁷ Aml. § 1-2, Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) merknad til § 73A

⁸⁸ Også Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 31 og C-175/99 avsnitt 31

⁸⁹ Også E-2/04 avsnitt 34

⁹⁰ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) kap. 4.3.4

⁹¹ C-458/05 avsnitt 34

⁹² C-48/94 avsnitt 20, C-234/98 avsnitt 37

⁹³ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 53

⁹⁴ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) merknad til § 73A

⁹⁵ C-127/96 avsnitt 27

⁹⁶ C-392/92 avsnitt 15

seg.⁹⁷ Kriteriet skal ifølge praksis tilpasses den særlige organisasjonsstrukturen som gjelder i bransjen.⁹⁸ Som eksempel kan nevnes en virksomhet som utelukkende stiller arbeidskraft til rådighet. Normalt oppfylles ikke enhetsvilkåret her, men det kan allikevel være tilfelle dersom det er virksomhetens karakter, slik som med bemanningsbyråer i *Jouini*.

Som utgangspunkt må enheten være adskilt fra den øvrige virksomheten, og ha egne driftsmidler.⁹⁹ Ifølge praksis fra EFTA-domstolen er det imidlertid ikke avgjørende at enheten har en egen avdeling. Begrunnelsen er at et annet resultat ville åpnet for omgåelser av reglene.¹⁰⁰ Samme begrunnelse anvendte EU-domstolen da den kom til at enheten heller ikke måtte ha egen ledelse med personalansvar i *Rockfon*.¹⁰¹ I *Redmond Stichting* ble det uttalt at aktiviteter av særlig art og med et selvstendig formål kan utgjøre en egen virksomhet, med den konsekvens at både den del av virksomheten som drev med bistand til rusmisbrukere og den som drev med andre sosiale og rekreative aktiviteter, ble ansett som egne enheter.¹⁰² Etter dette er det dermed ikke avgjørende hvilken struktur virksomheten har, men isteden om virksomheten er organisert på en adekvat måte for virksomhetens drift.

Overføringer fra konkursbo er stort sett unntatt fra lovens anvendelse.¹⁰³ Unntaket innebærer at det utelukkende er informasjons- og drøftelsesreglene og vernet av tillitsvalgte som gjelder ved overføringer fra konkursbo. Begrunnelsen for unntaket, er at lovgiver ønsker å sikre mulighet for videre drift, og det hevdes at mulighetene for å overta bedriften som en bestående virksomhet bedres når forpliktelsene begrenses.¹⁰⁴ Dette vil da begunstige arbeidstagerne. Et annet hensyn bak unntaket, er interessen til kreditorene. Ved at det ikke foreligger arbeidsrettslige forpliktelser, vil det gjerne kunne oppnås en høyere pris for virksomheten. I det videre vil det avgrenses mot tilpasningsmulighetene ved konkurs, hovedsakelig fordi insolvenskravet i konkursloven § 60 og domstolskontrollen forhindrer de fleste misbrukssituasjoner.¹⁰⁵

⁹⁷ C-173/96 avsnitt 27, C-108/10 avsnitt 51 og C-458/12 avsnitt 32

⁹⁸ C-458/05 avsnitt 33

⁹⁹ E-2/04 avsnitt 32, E-2/95 avsnitt 36

¹⁰⁰ E-2/04 avsnitt 34

¹⁰¹ C-449/93 avsnitt 31

¹⁰² C-29/91 avsnitt 31

¹⁰³ Aml. § 16-1 annet ledd og 2001/23/EF art. 5

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) punkt 5.3 og 1998/50/EF fortalen syvende betraktning

¹⁰⁵ Også Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) særlig punkt 5.3.5. Motsatt går Dege 2009 s. 748. Se Jakhelln 2008 særlig s. 233-235, som anfører at reglene burde ha fått anvendelse hvor konkursboet videreføres som en bestående enhet

2.5 Identitet

Det tredje vilkår er at den overførte virksomheten må bevare sin identitet hos den nye arbeidsgiveren.¹⁰⁶ Vilkåret innebærer at erververs virksomhet skal sammenlignes med den som fantes hos overdrager. Den grunnleggende avgjørelsen om kriteriet, er *Spijkers*. I saken fremheves syv momenter som det skal tas hensyn til ved sammenligningen.¹⁰⁷

- I: hvilken type/art virksomhet det er tale om før og etter overføringen,
- II: om det er overført fysiske aktiva som virksomhetens lokaler, utstyr og annet løsøre,
- III: verdien av immaterielle aktiva på overdragelsestidspunktet (blant annet goodwill),
- IV: omfanget av overtagelsen av arbeidsstokken,
- V: om kundekrets overtas,
- VI: i hvor stor grad de økonomiske aktiviteter før og etter overdragelsen er de samme og
- VII: hvor lenge virksomhetens drift eventuelt har vært innstilt.

Som understreket av domstolen og lovgiver er momentlisten ikke uttømmende, og vekten til de ulike momenter er relative.¹⁰⁸ Det er dermed en helhetsvurdering av alle omstendigheter omkring transaksjonen som skal foretas.

Etter *Schmidt* var det et spørsmål om erververs videreføring av aktiviteten var tilstrekkelig. Der ble den ene renholderen som arbeidet i lokalene tilbudt jobb hos erverver, men EU-domstolen var nokså generelle i sin uttalelse om at likheten i aktiviteten var nok.¹⁰⁹ I plenumsavgjørelsen *Süzen* avklarte domstolen imidlertid spørsmålet, og den konstaterte det som senere er gjentatt, at en videreføring av virksomhetens aktivitet ikke er nok alene.¹¹⁰ Uten overføring av enheten i tillegg, utgjør ikke en funksjonell fortsettelse en virksomhetsoverdragelse.¹¹¹ Som en forlengning av dette synspunkt, er heller ikke overtagelse av en kunde nok.¹¹²

¹⁰⁶ Aml. § 16-1 første ledd og Rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1

¹⁰⁷ 24/85 avsnitt 13. Gjengitt i eksempelvis Rt. 2012. s. 938 og E-2/95 avsnitt 32

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 21.2.1

¹⁰⁹ C-392/92 avsnitt 17 og 20

¹¹⁰ C-13/95 avsnitt 15. Gjengitt i Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) punkt 8.2.2 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 21.2.1

¹¹¹ C-13/95 avsnitt 23

¹¹² C-13/95 avsnitt 16

Av noen er det vektlagt at *Schmidt* synes å skille mellom direkte og indirekte kontraktsforhold.¹¹³ I så fall kan det bemerkes at *Süzen* til dels opprettholder distinksjonen.¹¹⁴ I den senere tid er imidlertid betydningen av transaksjonen blitt avklart. Høyesterett uttalte således i *SAS-Braathens* at det er irrelevant for identitetsvurderingen om det er et direkte eller indirekte kontraktsforhold.¹¹⁵ Senere praksis fra EU-domstolen gir heller ikke holdepunkter for distinksjonen, og det må derfor sies å være avklart at en ren videreføring av aktiviteten ikke er nok uavhengig av transaksjonsform.¹¹⁶

Som understreket av Davies og Fougner m.fl., er det verdt å bemerke at identitetsvilkåret er utviklet i tre faser.¹¹⁷ Fra den første med *Spijkers* hvor domstolen var åpne i sine tolkninger, og ikke subsumerte spørsmålene fra den foreleggende rett. Til den andre med *Schmidt* som et typisk eksempel, hvor det sentrale i identitetsvurderingen var aktivitetskriteriet. Og så til den tredje som nå gjelder, som hadde sin unnfangelse med *Rygaard* og deretter i *Süzen* hvor domstolen uttrykkelig tolket virksomhetsbegrepet strengere, og anvendte et enhetskriterium.

Som omtalt fordrer enhetskriteriet at virksomheten består av det som muliggjør en stabil operasjon. For at denne da skal bevare sin identitet, er det dermed avgjørende at det som muliggjør aktiviteten, overføres.¹¹⁸ I rettspraksis er det fastlagt at bedriftens aktivitet og produksjons- eller driftsmåte er bestemmende for hvilke av disse elementene som er viktigst.¹¹⁹ I samsvar med dette, er det lagt utslagsgivende vekt på den vesentligste innsatsfaktoren i virksomheten, enten om dette er arbeidskraft eller drifts- og anleggsmidler. Imidlertid er det alltid en helhetsvurdering som skal foretas.¹²⁰

For de bedrifter som ikke kjennetegnes i vesentlig grad av en enkelt faktor, vil undersøkelsen bero på en samlet bedømmelse av alle de momenter som er nevnt.¹²¹ Hvor meget som må være overført i hvert tilfelle er ikke klart, men det bemerkes at *SAS-Braathens* antyder at kravet ikke er høyt.¹²² Avgjørelsen er blitt tolket i teorien slik at det ikke kreves like mye av

¹¹³ Sønsteli Johansen 2002 s. 451 flg., Källström m.fl. 2013 s. 284 og E-2/95 avsnitt 35. Motsatt går Baudenbacher 1999 s. 79 (Gjengitt fra Sønsteli Johansen 2002), Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 108 og Com 94 (300) 1994.

¹¹⁴ C-13/95 avsnitt 9

¹¹⁵ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 87

¹¹⁶ C-51/00 avsnitt 26, C-151/09 avsnitt 29 og C-463/09 avsnitt 41

¹¹⁷ Davies 2001 s. 231-232, Fougner m.fl. 2013 s. 912-916

¹¹⁸ Se også Dege 2009 s. 760 og Rt. 2011. s. 1755 avsnitt 53

¹¹⁹ C-13/95 avsnitt 18, E-3/96 avsnitt 21 og Rt. 2006 s. 71 avsnitt 86

¹²⁰ Også LB-2014-29914

¹²¹ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 86 og Rt. 2001 s. 248

¹²² Slik Evju 2006 del 6-7

overføringen, når gjenstanden ikke er det som vesentlig kjennetegner virksomheten.¹²³ I saken ble terskelen for arbeidsstyrken senket til «en ikke ubetydelig andel», og for driftsmidler «utstyr for betydelig verdier».¹²⁴

For virksomheter som er arbeidskrevende eller på annen måte fordrer arbeidstagere for å utføre helt sentrale oppgaver, kan identiteten være i behold når en «betydelig del» av arbeidsstyrken overføres.¹²⁵ På den annen side vil det ikke være avgjørende at drifts- eller anleggsmidler ikke er overført.¹²⁶ I praksis er renhold og vakthold ansett å være kjennetegnet ved arbeidskraften.

Det er motsatt for bedrifter som ikke i det vesentlige er basert på arbeidskraft. For virksomheter som i vesentlig grad kjennetegnes av aktiva, er det utslagsgivende at en «væsentlig» del av disse midlene overføres til erverver, for at identiteten skal være bevart.¹²⁷ I rettspraksis er bransjene busstransport, storkjøkken og gruvevedlikehold ansett å være materiellintensiv.

Hva som utgjør henholdsvis en betydelig eller vesentlig del av arbeidstagere eller aktiva, er vanskelig å si noe konkret om, og det gjelder særlig når de ulike språkversjonene av dommene har forskjellig ordlyd.¹²⁸ Et eksempel på at ordlyden kan trekke i ulik retning er den tyske «nennenswerten» og «wesentlichen» som på dansk er oversatt til «væsentlige» og «betydelig». Istedenfor å legge vekt på ordlyden, bør det avgjørende være gjenstandens betydning for virksomhetens identitet og om antallet er tilstrekkelig til å muliggjøre en videreføring av virksomhetens aktivitet, hvilket samsvarer med helhetsvurderingen som *Spijkers* legger opp til.

Prinsipielt kan en bedrift i det vesentlige kjennetegnes av immaterielle aktiva, som eksempel rettigheter eller lisenser. Dersom man anser rettigheten for å muliggjøre virksomhetens drift, kan overføring av en slik rettighet tenkes å utgjøre en virksomhetsoverdragelse. En sak som kan antyde slike betraktninger er *Merckx*, som gjaldt overføring av rett til å forhandle Ford innenfor et avgrenset område. I tillegg til den funksjonelle videreføring ble 14 av de 60 ansatte overført. Det er vanskelig å se at de ansatte er tilstrekkelig til å utgjøre en selvstendig enhet.¹²⁹ Sammen med en anbefaling fra overdrager til erververs kundekrets, ble dette allikevel vurdert til å utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Forhandlerretten kan sees på som den faktor

¹²³ Fougner/Holo 2006 s. 898-900 og Evenrud Arbeidsrett.no note 8 til aml. § 16-1

¹²⁴ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 92

¹²⁵ C-13/95 avsnitt 21, C-151/09 avsnitt 29 og Rt. 2006 s. 71 avsnitt 83

¹²⁶ C-29/91 avsnitt 20 og C-392/92 avsnitt 16

¹²⁷ C-172/99 avsnitt 42

¹²⁸ Også Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 882 og 885

¹²⁹ Også Dege 2009 s. 763

som muliggjør aktiviteten, nemlig videresalg av en type biler.¹³⁰ I så fall ville identiteten vært bevart, selv om ingen arbeidstagere hadde vært overtatt. Forhandlerretten ble allikevel ikke vurdert isolert. Davies synes å tolke avgjørelsen slik at overføring av forhandlerretten og fortsettelsen av bedriftens aktivitet var nok.¹³¹ På den annen side mener han at *Süzen* medfører at synspunkt ikke lenger gjelder.¹³²

Dege argumenterer for at overføring av en slik rettighet er tilstrekkelig i seg selv, nettopp under synsvinkelen at forhandlerretten muliggjør videre drift. Til støtte for synet, anfører han at arbeidstagere er i sammenlignbare situasjoner ved overføring av immaterielle retter, som ved vanlig salg av viktige driftsmidler. Videre fremhever han at reglene ellers ville vært enkle å omgå.¹³³ Motsatt går Svenning Andersen m.fl. og Schaunburg-Müller/Werlauff som anfører at det må overføres noe mer.¹³⁴ Det finnes ikke avgjørelser som bekrefter Deges synspunkt. I *Merckx* ble som nevnt ikke forhandlerretten overført alene. En annen ting er at forhandlerretten ble ansett som svært sentral, men det betyr ikke at det var tilstrekkelig.¹³⁵

¹³⁰ Dege 2009 s. 765

¹³¹ Davies 1996 s. 247-249

¹³² Davies 1997 s. 196-197

¹³³ Dege 2009 s. 765

¹³⁴ Svenning Andersen m.fl. s. 100 og 118 og Schaunburg-Müller/Werlauff 2011 s. 91-92

¹³⁵ Også Evenrud Arbeidsrett.no note 8 til aml. § 16-1 første ledd.

3 Tilpasning av virksomhetsoverdragelse

3.1 Problemstilling

Det ligger i reglernes preseptoriske karakter at tilpasninger eller forsøk på omgåelser av vernebestemmelsene kan tenkes å stride imot formålet med reglene. Tillater man at erverver tilpasser overdragelsene og derved unngår at overføringen er en virksomhetsoverdragelse, lar man erverver påvirke det sosiale vernet som reglene har som formål å gi arbeidstager, hvilket kan være betenkelig. Dette gjør det betimelig å stille spørsmål om erverver har mulighet til å tilpasse transaksjonene, og om det går en grense mot uberettigede omgåelser.

Det er to alternativer for hvorledes man kan sette en grense mot omgåelser. En måte er å ha omgåelse som et tolkningsmoment slik at reglene fortolkes utvidende med virkningen at det stilles lempeligere krav til hva som utgjør en virksomhetsoverdragelse. En annen er å anvende momentet ved subsumsjonen og da med betydning for hvilket faktum som legges til grunn. Herunder omfattes både det å legge realiteten i en transaksjon til grunn fremfor den formelle konstruksjon, og det å innføre en gjennomskjæringsregel.¹³⁶ I Storbritannia har Court of Appeal anvendt en begrenset form for gjennomskjæringsregel hvor det sees bort ifra at erverver ikke har overtatt arbeidstager, dersom årsaken er omgåelseshensikt og overføring av dem ville ha medført at det var en virksomhetsoverdragelse.¹³⁷ Av hensyn til forutsigbarhet,¹³⁸ innførte Storbritannia imidlertid en såkalt Service Provider-regel i sin implementeringslov, som medfører at det foreligger en overdragelse også der hvor erverver kun viderefører virksomhetens aktivitet ved in- og outsourcing og overføring av kontrakter.¹³⁹

Dersom det er åpnet for å ta hensyn til omgåelseshensikt gjør dette beskyttelsen av arbeidstager mer effektiv. På den annen side kan erverver anføre at også hans formål om ikke å overta arbeidstager skal tas i betraktning, når subjektive forhold ansees relevante.¹⁴⁰ Selv om dette prinsipielt kan tenkes å reise problemer, er det imidlertid ikke mer utfordrende enn å ha egne regler som tar sikte på å ramme omgåelse. Et annet problematisk element er at det kan være vanskelig å bevise subjektive forestillinger, og slike regler kan gi liten forutsigbarhet både for arbeidstager og arbeidsgiver og ikke minst begrense kontraktsfriheten ytterligere. I det følgende analyseres tilpasningsmulighetene, og omgåelseshensiktens relevans for vurderingen.

¹³⁶ En generell omgåelsesnorm var foreslått av den britiske regjering og kommisjonen i forslaget til C-340/01 avsnitt 39

¹³⁷ ECM Ltd v Cox [1999] ICR 1162 og ADI Limited v Firm Security Group Limited [2001] IRLR 542

¹³⁸ Public Consultation Document 2005 s. 77 flg.

¹³⁹ Statutory instruments 2006 nr. 246 art. 3 par. 1 litra b

¹⁴⁰ Også forslag til C-340/01 avsnitt 84, Bårdsen 2004 s. 145, Evenrud Arbeidsrett.no note 8

3.2 Erververs fremgangsmåte

Spørsmålet her er om erververs fremgangsmåte og hensikt ved overføringene er av betydning ved fastleggelsen av om det er en virksomhetsoverdragelse.

Ettersom reglene er preseptoriske, kan ikke erverver unngå forpliktelsene ved å inngå avtale enten med overdrager, arbeidstager eller fagforeningen.¹⁴¹ Dette gjelder også selv om arbeidstager kompenseres på annet vis.¹⁴² Som fremhevet i *Viggósdóttir* er begrunnelsen at reglene ellers ville vært enkle å omgå. Videre er det ifølge kriteriene i *Spijkers* objektive omstendigheter som skal vurderes, hvilket taler imot at ervervs hensikt med å videreføre virksomheten er relevant.¹⁴³ Av senere praksis fremgår det også uttrykkelig at det er de faktiske omstendigheter som skal undersøkes.¹⁴⁴ Noe annet ville også ha stridt imot formålet med reglene, og åpnet for omgåelser. Måten eller hensikten til erverver om ikke å videreføre virksomheten, er dermed som utgangspunkt irrelevant. Negative konsekvenser som følge av uoverlagte forpliktelser, må erverver isteden søke avbøtt i henhold til avtale- og kjøpsrettslige regler overfor overdrager.¹⁴⁵

Som en forlengning av disse synspunktetene har EU-domstolen slått fast at overtagelse av arbeidstagere ikke behøver å følge av en frivillig avtale. Det fremgår således av *Temco* at det er uten betydning om overføringen av ansatte er utført på grunn av en forpliktelse, som i saken fulgte av en tariffavtale.¹⁴⁶ Det er derfor som utgangspunkt uten betydning hvorfor eller hvordan arbeidstagere overtas av erverver.¹⁴⁷ Selv om det ikke er sagt i avgjørelsen, bør det samme også gjelde for andre gjenstander som erverver overtar, da de samme hensyn er relevante.

EFTA-domstolen har på den annen side lagt til grunn i *Eidesund* og *Ulstein* at både grunnlaget og fremgangsmåten for overtagelse av gjenstandene er av betydning. Domstolen uttalte spesifikt at overtagelse av arbeidstagere ved åpne stillingsutlysninger var et uttrykk for at erverver kun overtok arbeidstagerne av praktiske og hensiktsmessige årsaker, hvilket var et moment som talte imot at virksomhetens identitet var bevart.¹⁴⁸

¹⁴¹ Aml. § 1-9 jf. § 16-2, E-3/01 avsnitt 36, C-362/89 avsnitt 17, C-51/00 avsnitt 35

¹⁴² E-3/95 avsnitt 43

¹⁴³ Også Mulder 2004 s. 262 og Svenning Andersen m.fl. s. 109

¹⁴⁴ C-29/91 avsnitt 24, C-13/95 avsnitt 14

¹⁴⁵ Trepartsforhold står i en særstilling som nevnt i Poulsson 2005 s. 93-107

¹⁴⁶ C-51/00 avsnitt 27

¹⁴⁷ Også Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 103

¹⁴⁸ E-2/95 avsnitt 44 og E-2/96 avsnitt 37

EU-domstolen kom imidlertid til motsatt resultat i *CLECE*, hvor tolkningen begrunnes med at det ellers ville være oppe til erververs skjønn å bestemme om direktivet fikk anvendelse, noe som ville åpnet for omgåelser.¹⁴⁹ Det skal bemerkes at retten her ved å benytte ordet «alene», forbeholdt tolkningen til den situasjon hvor momentet fikk utslagsgivende betydning. Tolkes uttalelsen slik, samsvarer den med tolkningen fra EFTA-domstolen og uttalelsen i forarbeidene, hvor det kun uttales at det er et vurderingstema.¹⁵⁰

Fra hjemlig praksis kan nevnes *Bardufoss Flyservice*, hvor erverver påberopte at overtagelsen av arbeidstagerne ikke kunne bli vektlagt ettersom de var ansatt etter åpne ansettelsesprosedyrer. Til det uttalte Høyesterett at ansettelsesmåten ikke var avgjørende, og at det ikke gjorde arbeidstagerne irrelevante ved identitetsbedømmelsen.¹⁵¹ Noe annet ville etter domstolens mening sette bestemmelsens sosiale formål til side, og gjøre det enkelt å omgå regelverket. At Gulating lagmannsrett allikevel kom til at ansettelsesmåten var avgjørende i dommen om Eltel Networks, kan vanskelig være riktig.¹⁵² Rettens flertall ser ut til å blande relevansen til erververs hensikt for overføringene med den som gjelder den enheten som drives. I direktivteksten er det snakk om at en enhet er en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet. Her er det snakk om formål, og hensikten er således av betydning.¹⁵³ Dette er imidlertid noe annet enn at motivet bak overføringene er av betydning, slik som rettens flertall legger til grunn.

At identitetsvurderingen er en bred helhetsvurdering åpner prinsipielt opp for at både hvordan og hvorfor erverver overtar gjenstander fra overdrager, kan være relevante momenter. Dersom overtagelse av ansatte eller aktiva skjer i umiddelbar sammenheng med overføring av virksomheten for øvrig, er det likevel mest naturlig å se på overtagelsen som et ledd i den overordnede overdragelsen, slik at de inngår i identitetsbedømmelsen.

Gjentatte ganger har domstolen konstatert at direktivet kommer til anvendelse i de tilfeller hvor det skjer et arbeidsgiverskifte.¹⁵⁴ Under hensyntagen til at begrepet overdragelse er gitt et så vidt innhold, er det vanskelig å se at måten de ansatte er overtatt på kan avgjøre om det er relevant å ta hensyn til overføringen. I samme retning går formålet til direktivet som først og fremst er å ivareta arbeidstagers rettigheter ved utskiftning av arbeidsgiver. Hvilken hen-

¹⁴⁹ C-463/09 avsnitt 37-38. Også Mulder 2004 s. 262

¹⁵⁰ NOU 2004:5 s. 361

¹⁵¹ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 68. Også Skjønberg/Hognestad 2014 s. 380

¹⁵² LG-2011-84696. Dommen ble anket, men nektet fremmet jf. HR-2012-1227-U

¹⁵³ Mulder 2004 s. 276

¹⁵⁴ C-458/12 avsnitt 29

sikt erverver har og hvilken fremgangsmåte som benyttes ved overtagelsen av gjenstander fra overdrager, er derfor ikke avgjørende i identitetsvurderingen. Som fremhevet av Sønsteli Johansen/Stueland er det nok riktigere å se fremgangsmåten og grunnlaget for overtagelsen som en pekepinn, istedenfor en rettslig presumsjon.¹⁵⁵

I *Scattolon* ble EU-domstolen forelagt et lignende spørsmål. Erverver anførte at arbeidstagerne som hadde blitt overført etter å ha fått tilbud om å jobbe både hos overdrager og erverver, ikke kunne sees som en del av en virksomhetsoverdragelse. Domstolen behandlet anførselen, men drøftet ikke holdbarheten da den fant at arbeidstagerne uansett ikke hadde reell valgfrihet.¹⁵⁶ Hverken i praksis fra Høyesterett, EU- eller EFTA-domstolene, er det blitt lagt utslagsgivende vekt på om overføring av arbeidstager er fakultativ. Det er derfor vanskelig å tolke *Scattolon* slik at den anså momentet som viktig, når den kun uttaler at arbeidstagerne ikke hadde valgfrihet.

Isteden kan det virke som at domstolen drøftet anførselen til erverver som et spørsmål om arbeidstagerne har reservasjonsrett, slik at domstolen vurderte rettsvirkningen, og ikke hvorvidt det forelå en virksomhetsoverdragelse. I saken godtok imidlertid de ansatte å bli ansatt hos erverver, og de utøvet således ikke sin reservasjonsrett. Reservasjonsretten er ved siden av at arbeidstager sier opp før overdragelsen, de eneste unntakene fra reglenes ufravikelighet.¹⁵⁷ Unntakene er imidlertid gitt av hensyn til arbeidstager, og de fordrer begge to at det er et fritt valg og at overgang til erverver faktisk frasis.¹⁵⁸ Arbeidsgiver kan dermed ikke tiltvinge avgjørelsen til arbeidstager.

Hadde den omstendighet at arbeidstageren ble tilbudt å bli hos overdrager alene vært utslagsgivende for om direktivet fikk anvendelse, ville direktivet i realiteten ikke vært ufravikelig. Dette ville også lagt til rette for omgåelser av de preseptoriske reglene. Rettskildebildet taler derfor imot at man vektlegger at arbeidstagerne har tilbud om å bli hos overdrager, når dette ikke aksepteres av arbeidstager.

3.3 Oppdeling av transaksjoner

I større omstruktureringer er det ikke helt sjeldent at de ulike transaksjonene deles opp, og gjerne over tid. Som eksempel fra rettspraksis kan nevnes fusjonsprosesser eller privatisering

¹⁵⁵ Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 884

¹⁵⁶ C-108/10 avsnitt 64-65

¹⁵⁷ 105/84 avsnitt 16, C-132/91 avsnitt 33, C-478/03 avsnitt 37 og E-2/04 avsnitt 53

¹⁵⁸ 105/84 avsnitt 16

av offentlig virksomhet Spørsmålet her er om dette påvirker undersøkelsen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse.

I lovteksten blir overføringssituasjon betegnet som «overdragelse». Ettersom ordlyden er i ubestemt form kan dette synes å åpne opp for at den kan omfatte flere ulike avtaler, og at de kan vurderes under ett. Allikevel slik at det må være en viss sammenheng mellom transaksjonene, for at denne tolkningen skal være naturlig.

I sakskomplekset *Celtec* var problemstillingen bragt opp, men EU-domstolen besvarte det ikke direkte da det ble forutsatt at direktivet fikk anvendelse.¹⁵⁹ Det som isteden ble besvart var at tidspunktet for overdragelsen som angitt i art. 4, er ett nærmere bestemt tidspunkt og at dette faller sammen med tidspunktet for utskiftning av «indehaveren, der er ansvarlig for driften av den pågældende enhed».¹⁶⁰ Det er med andre ord på det tidspunkt det foreligger en virksomhetsoverdragelse i reglenes forstand, at kontraktsovergangen skjer.¹⁶¹ Domstolen understreker at tidspunktet ikke kan forandres av overdrager og erverver, for ellers ville det ha innbudt til omgåelser.¹⁶²

Selv om *Celtec* ikke direkte berører problemstillingen om flere transaksjoner kan sees under ett, så tar den opp at reglenes rettsvirkning må skje på ett bestemt tidspunkt. Dette utelukker imidlertid ikke at vilkårene for virksomhetsoverdragelse er oppfylt gjennom flere avtaler og over tid. For virksomheter hvor overtagelse av arbeidstagerne er avgjørende, taler avgjørelsen direkte for at avtale om overtagelse av arbeidstagere sees i sammenheng med den øvrige virksomhetsoverdragelsen.

Spørsmålet har også vært behandlet i *Allen*. Der ble det fastslått at flere ulike transaksjoner sammen kan utgjøre en virksomhetsoverdragelse. Imidlertid forutsatte domstolen at det måtte være en viss sammenheng mellom transaksjonene for at de skal sees under ett.¹⁶³ Høyesterett hadde et lignende spørsmål oppe i *SAS-Braathens*. Her ble det samme lagt til grunn som i *Allen*, men i tillegg uttalte retten at avtalene må ha en saklig og tidsmessig nær sammenheng, for å kunne sees under ett.¹⁶⁴ Spesifikt gjaldt dommen at man så en avtale om overføring av avisningstjenestene sammen med de andre bakketjenestene som ble utført.

¹⁵⁹ C-478/03 avsnitt 28

¹⁶⁰ C-478/03 avsnitt 36

¹⁶¹ E-2/04 avsnitt 51

¹⁶² C-478/03 avsnitt 36

¹⁶³ C-234/98 avsnitt 32 og 35

¹⁶⁴ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 77

I teorien er det lagt til grunn at det er realiteten i transaksjonen som skal undersøkes, slik at det sees bort i fra oppdelinger av transaksjoner og avtaler med arbeidstager om at han først skal overføres på et senere tidspunkt.¹⁶⁵ Synspunktet samsvarer godt med praksis, og hensynet til at reglene ikke skal kunne omgås av erverver. Det er altså substansen i transaksjonen, og ikke formen som skal undersøkes i henhold til reglene om virksomhetsoverdragelse, med den konsekvens at suksessive avtaler omfattes.¹⁶⁶ Dette gjelder uavhengig av om de forskjellige avtalene omhandler aktiva, arbeidstagere eller aktiviteter, og om noen av gjenstandene leies og andre eies. Når praksis har anvendt en såpass smidig fortolkning, er det vanskelig å se at erverver kan tilpasse transaksjonene.

Om det er et tidsavvik mellom overføring av de ulike gjenstander, kan det være at virksomheten må innstilles. Innstilling av aktiviteten vil kunne medføre at det ikke lenger er snakk om overføring av en bestående enhet, og innstilling er derfor et relevant moment ved identitetsvurderingen.¹⁶⁷ Ved den konkrete bedømmelse er det et spørsmål om oppholdet mellom overføring av virksomhet og igangsettelse av aktiviteten er så lang, at virksomheten mister sin identitet.

Korte og midlertidige innstillinger av arbeidet utelukker ikke direktivets anvendelse. Det må noe mer til for at identiteten skal bryte.¹⁶⁸ Hvorvidt en innstilling er relevant, vil også måtte bedømmes på bakgrunn av hva som er vanlig i bransjen. Dersom det er vanlig med innstilling i sesongmessige perioder, vil ikke slike opphold innebære at identiteten brytes.¹⁶⁹ Etter min mening er det ikke holdepunkter i praksis for å si at et opphold er for langt, så lenge virksomhetens identitet ellers er i behold når den en gang blir videreført av erverver.¹⁷⁰ Noe annet er at det i slike tilfelle ofte ikke vil kunne sies å være overført en enhet som har bevart sin identitet. Svenning Andersen m.fl. trekker samme konklusjon, men da delvis basert på betraktninger om interessefellesskap og omgåelse.¹⁷¹

3.4 Transaksjons- og organisasjonsform

Hvis det stilles krav til overføringens og organisasjonens form for at det skal være en virksomhetsoverdragelse, ville det vært tenkelig at erverver kunne unngått forpliktelser ved å an-

¹⁶⁵ Evju 2006 s. 57, Storeng m.fl. 2014 s. 557, Fougner m.fl. 2011 s. 176 og Næss 2013 s. 111 flg.

¹⁶⁶ Også Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 109-110

¹⁶⁷ 24/85 avsnitt 12-13

¹⁶⁸ C-234/98 avsnitt 33, Rt. 1997 s. 1954 s. 1962

¹⁶⁹ C-287/86 avsnitt 20

¹⁷⁰ C-171/94 avsnitt 23

¹⁷¹ Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 129-130

vende finurlige transaksjonsformer, eller at overdrager organiserer sin virksomhet gjennom datterselskaper, separate drifts- og bemanningsselskaper, eller på annen måte som kan medføre at arbeidsrettslige forpliktelser unngås for erverver. Som redegjort for er imidlertid begrepet overdragelse og enhet tolket vidt i praksis, og de aller fleste transaksjonsformer og organisasjonsformer er omfattet. Her er spørsmålet om det allikevel finnes begrensninger, og om de i så fall kan utnyttes av erverver til å tilpasse en overføring.¹⁷²

At det ikke ofte forekommer saker i praksis hvor enhetskriteriet er utslagsgivende kan antyde at det ikke er et eget vilkår. Næss uttaler at det er «nokså få holdepunkter» for at enhetskriteriet er selvstendig, og viser til at det gjennomgående er en sammensatt vurdering som foretas.¹⁷³ Etter min mening er synspunktet en forveksling av at det sjeldent er avgjørende med at det ikke kan være utslagsgivende.

Det rettspraksis viser er isteden at domstolen oftest finner at enheten er tilstrekkelig selvstendig, og dermed blir spørsmålet om det er et eget vilkår ikke satt på spissen. Når EU-domstolen uttaler eksempelvis i *Süzen* at virksomheten må være en operasjonell helhet som muliggjør videre drift, bør man ta domstolen på ordet.¹⁷⁴ Tilsvarende er det når Høyesterett inngående undersøker enheten hos overdrager, for så å konkludere at vilkåret er oppfylt, som i *Songa Services*.¹⁷⁵ Årsaken til at sakene ikke blir utelukkende avgjort på enhetskriteriet, er nok isteden at undersøkelsene er sammenlignbare og inneholder like momenter.¹⁷⁶

I *Rasmussen* uttales det at organisasjonsstrukturen hos overdrager ikke alene er utslagsgivende, for ellers ville det vært rom for omgåelse av direktivet.¹⁷⁷ Selv om det sies generelt, bør det leses i sammenheng med resten av dommen. Spørsmålet var om en støttefunksjon kunne utgjøre en selvstendig enhet, og dette ble besvart bekreftende, hvilket også fremgår direkte av direktivet selv.¹⁷⁸ Å trekke avgjørelsen noe lenger finnes det ikke holdepunkter for nå, særlig på bakgrunn av nyere praksis fra EU-domstolen hvor kriteriet er aksentuert.¹⁷⁹ I *Amatori* uttales det også eksplisitt at direktivet ikke får anvendelse dersom virksomheten ikke innehar en tilstrekkelig funksjonell uavhengighet før overføringen.¹⁸⁰

¹⁷² Slik også Næss 2013 s. 45 flg.

¹⁷³ Næss 2013 s. 72

¹⁷⁴ C-13/95 avsnitt 13

¹⁷⁵ Rt. 2012 s. 983 avsnitt 66-72

¹⁷⁶ Slik Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 50

¹⁷⁷ E-2/04 avsnitt 34

¹⁷⁸ Direktivet art. 1 første ledd

¹⁷⁹ C-108/10 og C-458/12

¹⁸⁰ C-458/12 avsnitt 35

I *Gate Gourmet* anførte erverver at enhetskriteriet ikke var oppfylt. Høyesterett behandlet imidlertid ikke dette særskilt, men foretok isteden en «samlet vurdering».¹⁸¹ Isolert kan dette støtte et syn om at vilkåret ikke er selvstendig. Motsatt går imidlertid uttalelsen til førstvoterende om at det er vanskelig å ha skarpe skiller mellom de to vilkårene ettersom de inneholder noen sammenfallende momenter.¹⁸² Når førstvoterende bemerker at det er praktiske grunner for disposisjonen, er det vanskelig å se at dommen gir holdepunkter for at det ikke er et selvstendig vilkår. I samme retning går drøftelsen av arbeidstagerne som utførte arbeid med dispatch og tax-free. For deres vedkommende uttalte Høyesterett at de «ikke utgjorde en selvstendig, stabil og operasjonell enhet som bevarte sin identitet».¹⁸³ Fremhevingen av at enheten før overføring må være selvstendig, stabil og operasjonell taler for at enhetsvilkåret er et eget kriterium.

Et annet eksempel er dommen fra Gulating lagmannsrett av 19. august 2011.¹⁸⁴ Avgjørelsen gjaldt overføring av kranføringstjenestene på installasjoner i Nordsjøen. Rettens flertall kom til at denne tjenesten ikke oppfylte enhetskriteriet. Begrunnelsen var at aktiviteten ikke var en tilstrekkelig selvstendig og adskilt funksjon i forhold til overdragers øvrige virksomhet på plattformene, men isteden en integrert del av den. Samme konklusjon kom lagmannsretten til i Eltel-saken, hvor spørsmålet var om byttet av Telenors leverandør av teletjenester var en virksomhetsoverdragelse.¹⁸⁵ Der ble det overførte ikke ansett å ha utgjort en selvstendig enhet hos overdrager, og flertallet fant det derfor ikke nødvendig å behandle identitetsvilkåret.

I teorien er det delte meninger om spørsmålet. Næss synes å mene at det ikke er et selvstendig vilkår, mens Fougner, Dege og Skjønberg/Hognestad derimot legger til grunn at det finnes en nedre grense for hva virksomheten må bestå av før overføring.¹⁸⁶ Som gjennomgangen ovenfor viser, er det i praksis, og spesielt i den siste tid fra EU-domstolen, fastslått minimumskrav til enheten hos overdrager. Når man erkjenner at det foreligger en nedre grense for hva som utgjør en virksomhet, betyr det også at enhetsvilkåret er selvstendig. Etter min mening er det derfor et eget kriterium. En annen sak er at den nedre grense ikke er så streng, og at det derfor er vanskelig å se hvordan overføringen kan tilpasses og reglene omgås. Dette gjelder desto mer for organiseringen, som fremhevet i *Rasmussen*.

¹⁸¹ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 67

¹⁸² Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 50

¹⁸³ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 69

¹⁸⁴ Rg. 2011 s. 873. Dommen ble anket, men nektet fremmet jf. HR-2011-2257-U

¹⁸⁵ LG-2011-84696

¹⁸⁶ Fougner m.fl. 2011 s. 166 flg., Dege 2009 s. 756-758 og Skjønberg/Hognestad 2014 s. 375-377

Særlig etter *Redmond Stichting*, hvor en forvaltningsavgjørelse ble ansett som overdragelse, er det utfordrende å se hva som gjenstår av kravet til transaksjonsform.¹⁸⁷ Høyesterett merket seg spørsmålet i *Bardufoss Flyservice*, men undersøkte det ikke nærmere.¹⁸⁸

Det gjorde derimot EU-domstolen i *CLECE*. Retten uttalte da at det kontraktsmessige grunnlag for overføringen ikke kan være den eneste grunn til at en overføring ikke er en relevant overdragelse.¹⁸⁹ Begrunnelsen for resultatet, var at det ellers ville åpnet opp for tilpasninger fra arbeidsgiver og at hans påvirkning ville kunne stride imot formålet med direktivet. Tilsvarende er lagt til grunn av EFTA-domstolen i *Rasmussen*.¹⁹⁰ I samme retning går også forutsetningen den norske lovgiver hadde da den fjernet kriteriet om kontrakt, under henvisning til at den ikke fant at en slik innsnevring av anvendelsesområdet samsvarte med praksis fra EU-domstolen.¹⁹¹

Hverken i praksis fra domstolen i EU, EFTA eller Høyesterett er det saker som har blitt avgjort på bakgrunn av at overdragelsen ikke oppfyller kravene til transaksjonsform.¹⁹² Det er som analysen viser, heller ikke holdepunkter i rettskildene for at transaksjonsformen begrenser direktivets anvendelse nevneverdig. Det betyr at erverver ikke kan påvirke klassifiseringen av overdragelsen ved å benytte ulike transaksjonsformer. På den annen side kan transaksjonsformen være et moment i en helhetsvurdering. Dette er understreket i rettspraksis, og for så vidt i *CLECE* også, hvor det kun nevnes at transaksjonsform ikke alene kan være avgjørende.¹⁹³

3.5 Transaksjonsgjenstand

Tatt i betraktning at kravet til identitet blant annet beror på hva som er overført av gjenstander fra overdrager, vil erverver ved å inngå avtaler om hva som skal overtas kunne få bestemmende innflytelse på om overføringene utgjør en virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet her er om disse betraktninger kan opprettholdes fullt ut.

¹⁸⁷ C-29/91

¹⁸⁸ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 59

¹⁸⁹ C-463/09 avsnitt 38

¹⁹⁰ E-2/04 avsnitt 47

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) punkt 4.4.3

¹⁹² Med unntak for strukturendring i offentlig sektor

¹⁹³ C-172/99 avsnitt 28

Et kjernepunkt med både de norske reglene og direktivet er at erverver plikter å overta arbeidstagerne uavhengig av hans vilje.¹⁹⁴ At erverver da skal kunne velge om reglene får anvendelse ved å bestemme hva som overtas, kan være formålsstridig, og legge opp til misbruk og omgåelse av regler som er tilsiktet å verne arbeidstager. Dette gjelder både for overtagelse av aktiva og arbeidstagere. For aktiva kan nevnes *Liikenne* hvor EU-domstolen kom til at det i en materiellintensiv bransje ikke var en virksomhetsoverdragelse når ikke det vesentlige av aktiva ble overført, på tross av at majoriteten av arbeidstagerne ble overtatt.¹⁹⁵ Erverver kan dermed i denne type bransjer tilpasse overføringene ved ikke å overta aktiva fra overdrager.

Overtagelse av arbeidstagere kan allikevel sies å stå i en særstilling. Hovedrettsvirkningen til reglene er at erverver trer inn i arbeidsforholdene hos overdrager, og det er et paradoks om nettopp den omstendighet at erverver overtar arbeidstagere skal lede til at han også blir forpliktet til å overta arbeidstagerne. Det vil i så fall innebære en sirkelslutning ettersom både rettsvilkår og rettsfølge er det samme.¹⁹⁶

På den annen side forutsetter reglene at det foreligger en virksomhetsoverdragelse, hvilket fordrer at en selvstendig enhet er overført og at den bevarer sin identitet.¹⁹⁷ Erverver må altså ha anskaffet noe for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse, og det er som nevnt ikke tilstrekkelig bare å videreføre aktiviteten. At man vektlegger at det er overtatt arbeidstager eller annen aktiva, er på denne måte en naturlig følge av at det er stilt et krav om virksomhetsoverdragelse. Det er allikevel vanskelig å kunne utlede et identitetsvilkår fra 1977-direktivet, og det kan derfor sies å være et paradoks at EU-domstolen som ellers anvender en formålsstyrt fortolkning, har kommet til at identiteten må være i behold. Som Mulder fremhever, er det imidlertid grunn til å hevde at identitetskriteriet er kommet istedenfor et krav til transaksjonsform.¹⁹⁸

Begrunnelsen for et identitetskrav, er todelt. Den ene er at arbeidstagers tilknytning til virksomheten forutsetter at bedriften i det vesentlige forblir den samme.¹⁹⁹ Dette hensynet kommer til uttrykk i direktivets formål slik det er angitt i nyere praksis, nemlig å sikre de bestående ansettelsesforhold «inden for en økonomisk virksomhet».²⁰⁰ Den andre er at berettigelsen for å tvinge erverver til å overta arbeidsforholdene, er at den nye arbeidsgiver profiterer på å

¹⁹⁴ C-340/01 og forslag til C-127/96 avsnitt 82 og Fougner m.fl. 2011 s. 178

¹⁹⁵ C-172/99 avsnitt 42

¹⁹⁶ Slik forslag til C-127/96 avsnitt 80 og C-463/09 avsnitt 62

¹⁹⁷ Aml. § 16-1

¹⁹⁸ Mulder 2004 s. 255

¹⁹⁹ Også Rt. 2012 s. 983 avsnitt 83

²⁰⁰ C-458/05 avsnitt 23 og C-466/07 avsnitt 40

overta og fortsette en hos overdrager oppbygget og funksjonell virksomhet.²⁰¹ I samme retning går uttalelsene til generaladvokaten både i *Süzen* og *Temco*, som anførte at det stred mot legitime markedshensyn at erverver forpliktes bare ved å videreføre aktiviteten.²⁰² Skal det settes en grense for erververs tilpasningsmulighet, og dermed et unntak fra identitetsvilkåret, må dette dermed begrunnes med at erverver har til hensikt å omgå reglene.

Muligheten for tilpasning som åpnes ved å vektlegge det som erverver overtar, ble tatt opp av Høyesterett i *Olderdalen Ambulanse*.²⁰³ I dommen fastslås det at det er den faktiske situasjon som skal bedømmes, og at erververs eventuelle omgåelseshensikt er uten betydning. Konsekvensen er som retten erkjenner, at erverver «ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres». Høyesterett gjør der ingen forskjell mellom aktiva og arbeidstagere. Forholdet til reglenes formål ble på den annen side ikke vurdert, noe som domstolen har blitt kritisert for blant annet av mindretallet i Arbeidslivslovutvalget.²⁰⁴

Sønsteli Johansen synes å mene at Høyesterett i *Olderdalen Ambulanse* anvender rettsreglene galt, og at domstolen i lys av *Liikenne* ikke skulle ha lagt vekt på manglende overføring av arbeidstagere, men isteden bare av aktiva.²⁰⁵ En av begrunnelsene for hans synspunkt virker å være at EU-domstolen angivelig har konstatert at det ikke er avgjørende om arbeidstagere overføres i *Hidalgo*. Henvisningen er til rettens uttalelse om at en personellintensiv virksomhet kan ansees for å ha bevart sin identitet når den ikke «blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtar en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængerens specielt udførte denne opgave.»²⁰⁶ Etter min mening er det utfordrende å si at domstolen ikke legger avgjørende vekt på om arbeidstagere er overført der. At det forutsettes at aktiviteten også videreføres, forandrer ikke denne betraktning, særlig når det i domskonklusjonen uttales at en ren funksjonell etterfølgelse ikke er tilstrekkelig alene.²⁰⁷ I *Olderdalen Ambulanse* kom retten til at ambulansedrift var en blandingsvirksomhet, som både kjennetegnes av arbeidsstyrke og aktiva. I en slik bedrift er overføring av aktiva av betydning, men det gjør ikke synspunktet om at overføring av arbeidsstyrken er viktig, galt. I denne type virksomhet vil nemlig begge momenter være relevante og viktige, slik som omtalt tidligere.

²⁰¹ Eksempelvis forslag til C-463/09 avsnitt 68

²⁰² Forslag til C-51/00 avsnitt 40 og C-13/95 avsnitt 7

²⁰³ Rt. 2001 s. 248 s. 257

²⁰⁴ NOU 2004:5 s. 367

²⁰⁵ Sønsteli Johansen 2002 s. 450

²⁰⁶ C-173/96 avsnitt 32

²⁰⁷ C.173/96 avsnitt 34

Tolkes utsagnet til Høyesterett slik at ingen subjektive forhold er relevante, stemmer ikke det med EFTA-praksis før avgjørelsen. Som nevnt ble erververs hensikt ansett relevant når den påvirket hvorfor arbeidstagerne ble overført i både *Eidesund* og *Ulstein*. På den annen side utgjorde hensikten i disse avgjørelsene et moment som talte imot at det forelå en virksomhetsoverdragelse. Det kan nok stilles spørsmål om det er riktig å tolke avgjørelsen slik at den utelukker omgåelseshensikt. I saken hadde ikke erverver hensikt til å omgå reglene, men isteden var den manglende overtagelse av arbeidstagerne begrunnet i et ønske om ikke å ha fagorganiserte som ansatte. Dommen bør derfor leses med et forbehold, på tross av at Høyesterett uttalte seg i generelle ordelag.²⁰⁸

I *SAS-Braathens* la Høyesterett vekt på verdien av de overførte midler, og ikke antall. En slik tilnærming begrenser erververs tilpasningsmulighet ved at han ikke lenger kan overføre aktiva av høy verdi, men lite i antall, og fremdeles unngå arbeidsgiverforpliktelser. Tilnærmingen til Høyesterett kan av denne grunn skyldes en vektlegging av omgåelsesmuligheten.²⁰⁹ Uansett samsvarer uttalelsen med identitetsbedømmelsen ellers hvor ett aktiva blant mange kan være avgjørende, så lenge den kjennetegner virksomheten. Lignende undersøkelse skal foretas med hensyn til arbeidstagere. Ifølge praksis er det når «en etter antal og kvalifikationer betydelig del» av arbeidsstyrken overføres, at identiteten kan være i behold i personellintensive virksomheter.²¹⁰ Det er altså både kvantitet og kvalitet som skal undersøkes. I EFTA-domstolen er det uttalt at både bedrifter som kjennetegnes ved en kompetent arbeidsstyrke, og bedrifter som kjennetegnes ved en stabil arbeidsstyrke, ved overføring av de ansatte eller i alle fall en høy andel av arbeidstagerne, kan bevare identiteten.²¹¹ På den annen side vil den omstendighet at driften ikke fordrer en arbeidsstyrke med ekspertise eller erfaring, kunne tale for at overtagelse av arbeidstagere i mindre grad indikerer at identiteten er bevart.²¹² På samme måte som for aktiva, kan det at man vektlegger kvaliteten medføre at det er vanskeligere å omgå reglene for erverver.

At momentet om overføring av arbeidstagere kan være formålsstridig ble behandlet i *Abler*. Virksomheten ble ansett som materiellintensiv, og da kom retten til at manglende overføring av arbeidstagere ikke var tilstrekkelig til å utelukke at det forelå en virksomhetsoverdragelse. En av begrunnelsene for tolkningen var at en motsatt betraktning etter domstolens syn ville

²⁰⁸ Også Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 893 og Moland 2009 s. 68-70

²⁰⁹ Slik Moland 2009 punkt 3.2

²¹⁰ C-13/95 avsnitt 21, C-151/09 avsnitt 29 og Rt. 2006 s. 71 avsnitt 83

²¹¹ E-2/04 avsnitt 40 og E-3/96 avsnitt 29

²¹² E-2/96 avsnitt 36, E2/95 avsnitt 43

være i strid med formålet til direktivet, nemlig at arbeidsforholdet går over, selv mot erververens vilje.²¹³

Leses uttalelsen om formålsstrid isolert, vil det kunne tyde på at den har generell rekkevidde og at det strider imot direktivet å vektlegge om det er overført arbeidstagere. Dette stemmer imidlertid hverken overens med hensynet til å ivareta arbeidstagers rettigheter, eller med rettskildebildet for øvrig.

Den omstendighet at erverver overtar arbeidstagere fra overdrager, og fortsetter med den samme aktivitet som overdrager bedrev, er i langvarig praksis ansett for å kunne være en virksomhetsoverdragelse når virksomheten er personellintensiv.²¹⁴ At man i sådanne tilfeller vektlegger om det er overført arbeidstagere samsvarer godt med hensynet til å ivareta arbeidstagers rettigheter ved arbeidsgiverskifte.

På bakgrunn av ovennevnte betraktninger, kan man trekke opp to prinsipielle skiller. Det ene går mellom det å vektlegge at arbeidstagere faktisk er overført, eller om de ikke er overført. Vektlegging av at det faktisk er overtatt arbeidstagere, samsvarer med formålet om å ivareta arbeidstagers rettigheter, og hensynet til erverver blir ivaretatt ettersom det er hans faktiske disposisjoner som legges til grunn. Det er følgelig kun lovtekniske hensyn som taler imot en slik løsning, og disse er ikke vektige nok til å gå mot direktivets ordlyd, rettspraksis og formålsbetraktninger.

Virksomhetstypen utgjør det andre prinsipielle skillet. I *Abler* konstaterte retten at storkjøkkenvirksomhet er materiellintensiv, fordi den ansees å være identifisert av anleggs- og driftsmidlene. Domstolens forbeholdt uttalelsen om arbeidstagere til å gjelde «inden for en sådan branche» som i saken.²¹⁵ Materiellintensive virksomheter kjennetegnes ikke av arbeidskraften, og da er det også naturlig at den manglende overføringen av arbeidstagerne ikke er utslagsgivende. På tross av dette, synes mindretallet i Arbeidslivslovutvalget allikevel å tolke dommen slik at momentet ikke har betydning generelt.²¹⁶

Loibner argumenterer for at retten reduserte overdragers virksomhet til ikke å omfatte arbeidskraft som noen identitetsmarkør.²¹⁷ Ettersom domstolen benytter begrepet tilstrekkelig kan det kanskje tyde på at momentet var relevant, men isteden ikke vektig nok. Klassifikasjo-

²¹³ C-340/01 avsnitt 37

²¹⁴ C-13/95 avsnitt 21 og C-151/09 avsnitt 29

²¹⁵ C-340/01 avsnitt 37

²¹⁶ NOU 2004:5 s. 366 flg.

²¹⁷ Slik G. Loibner 2004 s. 136. Gjengitt fra forslag til avgjørelse C-463/09

nen av storkjøkkenvirksomhet som materiellintensiv kan på den andre side kanskje diskuteres, da det er klart at den også avhenger av arbeidskraft, hvilket også generaladvokaten la til grunn.²¹⁸ Som fremhevet av Sønsteli Johansen/Stueland understreker *Abler* at det for stedbunden virksomhet, først og fremst er viktig at anlegget og kundekretsen forblir den samme.²¹⁹ Slik også i Borgarting lagmannsretts dom om Kirkens Bymisjon hvor det ikke ble ansett avgjørende at kun 2 av 10 ansatte ble overtatt.²²⁰ Viderefører erverver aktiviteten i de samme lokaler og med den samme kundekrets, har erverver dermed svært få tilpasningsmuligheter i slike bedrifter.

Bårdsen mener at overføring av arbeidstagere er relevant, og at uttalelsen i *Abler* først og fremst skyldes at virksomheten ble klassifisert som materiellintensiv.²²¹ Hun uttaler imidlertid også at det nok var av betydning for domstolen at erverver ikke ville overta arbeidstagerne, slik at motivet til erverver var relevant. Dette fremgår ikke av premissene i dommen.

Det er riktig at domstolen ikke eksplisitt nevnte omgåelsesmomentet, men det kan innvendes at det ligger i formuleringen av formålet med reglene at forhold som skyldes erververs uvilje til å overta arbeidstagere, ikke er relevant. At omgåelseshensikten også er blitt vektlagt som antydning av Bårdsen og Moland, kan derfor være riktig. På den annen side kan omgåelseshensiktens betydning vanskelig trekkes lenger enn formålet. Det innebærer i så fall at omgåelseshensikt kun vil tale imot å legge avgjørende vekt på at det ikke er overført arbeidstagere, i en materiellintensiv virksomhet.

En slik oppfatning samsvarer med synspunktet om at direktivets formål ikke bare er å ivareta arbeidstagers rettigheter ved arbeidsgiverskifte, men også er å balansere arbeidstagers og erververs interesser. Som fremhevet av generaladvokaten i *Abler* og i *CLECE* vil det eksempelvis kunne være i strid med prinsippet om kontraktsfrihet dersom erverver ble forpliktet til å overta arbeidstagerne i alle tilfelle.²²² Trstenjak trekker her frem at en for vid tolkning av enhetsbegrepet, vil kunne medføre en lite heldig økonomisk situasjon der hvor erverver eksempelvis kan bli forpliktet til å måtte overta arbeidstagere som ikke var tilfredsstillende hos overdrager. Jeg legger til at dette kan ramme særlig hardt, dersom årsaken til overføringen er at ordregiver ikke fant medarbeiderne hos overdrager dyktige nok.

²¹⁸ Forslaget til avgjørelse C-340/01 avsnitt 72 og 82

²¹⁹ Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 878

²²⁰ LB-2014-29914. Dommen er anket, og henvist til behandling jf. HR-2015-166-U

²²¹ Bårdsen 2004 s. 146

²²² Forslag til C-340/01 avsnitt 81 og C-463/09 avsnitt 65

EU-domstolen har både i *Hernandez Vidal* og *CLECE* hatt saker til behandling hvor virksomhetene ble klassifisert som personellintensiv, og det ikke ble overtatt arbeidstagere. I *Hernandez Vidal* ble ikke momentet problematisert, utover at domstolen konstaterte at en virksomhetsoverdragelse kunne foreligge dersom erverver ikke bare videreførte aktiviteten som overdrager drev, men også overtok en etter antall og kvalifikasjoner betydelig del av arbeidsstyrken.²²³ Dette ble sagt selv om generaladvokat Cosmas problematiserte betydningen av at det ikke overtas arbeidstagere.²²⁴ I forslaget ble det også foreslått at overtagelse av arbeidstagere generelt ble ansett irrelevant, og at det isteden er avgjørende at det finnes en selvstendig enhet hos overdrager, og at aktiviteten videreføres av erverver.²²⁵

At domstolen med dette bakteppet uttalte at overtagelse av arbeidstagere er avgjørende i personellintensive bedrifter, innebærer at domstolen tok avstand fra generaladvokatens synspunkter og hans avveining av arbeidstagers interesse og prinsippet om kontraktsfrihet.²²⁶

I teorien er oppfatningen stort sett at overtagelse av arbeidstagere er et relevant moment. Bårdsen legger til grunn at overføring av arbeidstagere er relevant, men at det ikke er tilstrekkelig i seg selv for å utelukke anvendelse av direktivet.²²⁷ Evenrud henviser først til uttalelsen i *Merckx* hvor det uttales at overdragers oppsigelser av arbeidstagerne ikke i seg selv er tilstrekkelig for å gjøre direktivet uanvendelig, for dernest å si at det kan være utslagsgivende i personellintensive virksomheter.²²⁸ Direkte gjelder *Merckx* oppsigelsesforbudet, men det hadde som umiddelbar konsekvens at erverver heller ikke overtok de oppsagte arbeidstagerne. Sønsteli Johansen hevder derimot at det er formålsstridig å legge tungtveiende vekt på om arbeidstagere er overtatt eller ikke.²²⁹ I en tidligere artikkel har han understreket at dette gjelder særlig der hvor omgåelseshensikt er beveggrunnen for at ansatte ikke er overtatt.²³⁰ Østerdahl Poulsson legger derimot til grunn at momentet fremdeles er relevant.²³¹ Næss og Storeng m.fl. mener at det også kan ha avgjørende betydning, og de understreker at det er realiteten i transaksjonen som er avgjørende.²³² I samme retning går Fougner m.fl. som sågar uttaler at

²²³ C-127/96 avsnitt 32

²²⁴ Forslag til C-127/96 avsnitt 80

²²⁵ Forslag til C-127/96 avsnitt 84

²²⁶ Forslag til C-127/96 avsnitt 87

²²⁷ Bårdsen 2004 s. 146

²²⁸ C-171/94 avsnitt 26 og Evenrud Arbeidsrett.no note 8 til aml. § 16-1

²²⁹ Sønsteli Johansen 2003 s. 304

²³⁰ Sønsteli Johansen 2002 s. 454

²³¹ Østerdahl Poulsson 2003 s. 58

²³² Næss 2013 s. 93 og Storeng m.fl. 2014 s. 553 flg.

overtagelse av andre gjenstander ikke kan oppveie for manglende overføring av arbeidstagere i personellintensive virksomheter.²³³

Mulder synes å legge til grunn at overføring av arbeidstagere er relevant, men at momentet må «vågas ganska lätt» i identitetsvurderingen, og at dette gjelder selv i personellintensive virksomheter. Han begrunner dette med at tilpasningsmulighetene er begrenset ifølge ovennevnte uttalelse i *Merckx*, og formålsbetraktninger.²³⁴ I samme retning går Lunning m.fl. som antyder at manglende overtagelse av arbeidstagere ikke er relevant.²³⁵ Klingsten anfører på bakgrunn av formålsbetraktninger at det er problematisk å tillegge manglende overtagelse av arbeidstagere vekt, og hun konkluderer med at momentet ikke nødvendigvis gjør reglene uanvendelige.²³⁶ Slik jeg leser Svenning Andersen m.fl. er deres oppfatning at momentet har vekt, men at det ikke alene kan gjøre vernereglene uanvendelig ved omgåelse.²³⁷

I *CLECE* fremmet generaladvokat Trstenjak noen tilsvarende synspunkter som generaladvokat Cosmas.²³⁸ I motsetning til generaladvokat Cosmas, anerkjente imidlertid Trstenjak at overtagelse av arbeidstagere kunne ha betydning. Et kriterium om overtagelse av arbeidstagere som kun baserte seg på antall og ikke kvalifikasjoner, var ifølge generaladvokatens allikevel ikke en avgjørende faktor i undersøkelsen av om det var en virksomhetsoverdragelse,²³⁹ men isteden høyst en veiledende funksjon i den grad arbeidstagerne med sin know-how representerer immaterielle verdier.²⁴⁰ På den annen side, hvis arbeidstagerne utgjør en kvalitativ faktor, mener Trstenjak at dette er relevant. I saken ble det også utslagsgivende for generaladvokaten, fordi han på bakgrunn av denne fortolkning konkluderte med at det ikke var overført tilstrekkelig med arbeidstagere eller andre midler til at den økonomiske enhets identitet var bevart.²⁴¹

I henhold til praksis fra EFTA-domstolen, er overtagelse av arbeidstagere også et relevant moment når bedriften kjennetegnes av en stabil arbeidsstyrke og denne overtas av erverver.²⁴² Endog er ordlyden i nevnte praksis at dette kan være «tilstrekkelig til å utgjøre en overdragel-

²³³ Fougner m.fl. 2013 s. 926

²³⁴ Mulder 2004 s. 271

²³⁵ Lunning m.fl. 2011 s. 284-285

²³⁶ Klingsten 2002 s. 60-65

²³⁷ Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 121-124

²³⁸ Forslag til C-463/09 avsnitt 62-63

²³⁹ Forslag til C-463/09 avsnitt 66

²⁴⁰ Forslag til C-463/09 avsnitt 70-71

²⁴¹ Forslag til C-463/09 avsnitt 73-74

²⁴² E-3/96 avsnitt 29, E-2/04 avsnitt 40

se i direktivets forstand». På tross av dette, synes det som at generaladvokaten i *CLECE* bruker avgjørelsene som belegg for en motsatt slutning.²⁴³

I *CLECE* la domstolen først til grunn at en virksomhets identitet kan bli ansett for å være bevart dersom både aktivitet og ansatte er overtatt.²⁴⁴ Forskjellen fra *Hernandez Vidal* er at domstolen også tok uttrykkelig standpunkt til betydningen av at arbeidstagere ikke blir overtatt i personellintensive virksomheter. Om det uttales det at identiteten ikke kan ansees opprettholdt i bedrifter som i det vesentlige utgjøres av arbeidsstyrken, med mindre størstedelen av arbeidsstyrken overtas.²⁴⁵

Med foranledningen fra generaladvokaten som domstolen hadde til å vurdere om en slik vektlegging kunne stride imot formålet med direktivet, må dommen forstås som en aksentuering av *Hernandez Vidal*. I tillegg er det nærliggende å tolke uttalelsen slik at domstolen anerkjenner at direktivets formål om å ivareta arbeidstagers rettigheter ikke er uten begrensninger, men at den må avveies til en viss grad mot erververs interesser og prinsipper om avtalefrihet og fri konkurranse. En slik forståelse samsvarer med *Alemo-Herron* og dens todelte formålsbetraktning.

Fra hjemlig praksis kan nevnes *Gate Gourmet*. Her erkjente domstolen at erverver vil kunne øve betydelig innflytelse ved rekrutteringen eller overtagelse av aktiva, men at dette har reglene lagt opp til. Høyesterett kunne derfor ikke se at motivet til erverver var av betydning.²⁴⁶

Avslutningsvis vil jeg henvise tilbake til det som er sagt i departementets proposisjon. Her uttales det at spørsmålet om betydningen av at arbeidstagere er overført, bør bestemmes av rettspraksis. Det ble dermed ikke tilsiktet noen endringer av rettstilstanden etter *Olderdalen Ambulanse*. Departementet bemerket videre at identitetsvurderingen fortsatt bør avgjøres etter «en konkret helhetsvurdering der alle momenter kan tas i betraktning.»²⁴⁷

Ifølge analysen i denne del, er synspunktet i overenstemmelse med rettspraksis og formåls-
tolkninger. Momentet om overtagelse av arbeidstagere har fremdeles relevans, og som påvist kan det endog ha utslagsgivende betydning ved personellintensive virksomheter.²⁴⁸ Dette gjelder både om det er eller ikke er overført arbeidstagere. Det kan dermed konkluderes med

²⁴³ Forslag til C-463/09 avsnitt 71 med henvisning til fotnote 53

²⁴⁴ C-463/09 avsnitt 36

²⁴⁵ C-463/09 avsnitt 41

²⁴⁶ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 68

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 259

²⁴⁸ Fougner m.fl. 2013 s. 935

at erverver ved å bestemme hva som skal overtas i form av aktiva eller arbeidstagere fra overdrager, kan avgjøre hvorvidt han skal forpliktes til å overta arbeidstagere etter reglene om virksomhetsoverdragelse.

3.6 Eiendomsrett eller rådighet

En naturlig forståelse av begrepet overdragelse av virksomhet, taler for at det som er gjenstand for overdragelse, blir overført til ny eier. Slik har imidlertid ikke uttrykket blitt forstått i praksis. På bakgrunn av synspunktet om at arbeidstagerne var i sammenlignbar situasjon uavhengig av om eiendomsretten ble overført eller ikke, fant EU-domstolen tidlig at en bedrifts identitet ikke ble avgjort på eierforholdet til virksomhetens anleggs- og driftsmidler.²⁴⁹

Sett fra det ytre, vil ikke eiendomsretten til eiendeler normalt påvirke bedriftens kjennetegn. Det man identifiserer virksomheten med, er heller hvilke lokaler, maskiner og lignende, som faktisk benyttes. I *UGT* uttalte EU-domstolen således at overføring av eiendomsretten er irrelevant, og at man skal ta i betraktning ethvert anleggs- eller driftsmiddel som faktisk anvendes i driften.²⁵⁰ Det samme er lagt til grunn av Høyesterett og EFTA-domstolen.²⁵¹

Etter dette kan det slås fast at overføring av eiendomsretten ikke er av betydning. På den annen side må de overførte gjenstander bli anvendt. Er det klart at erverver hverken bruker eller har behov for anleggsmidlene som blir stilt til hans rådighet, skal man se bort ifra dem ved vurderingen av hva som er overført.

I *Allen* var spørsmålet om det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse fra et firma som drev med vedlikehold av gruver. I avgjørelsen ble det uttalt at det i bransjen var en sedvane for at det var gruveieren som eide utstyr for vedlikehold, og at dette ble stilt til rådighet for vedlikeholdelsesvirksomheten. Når så var tilfelle, ble det ikke ansett som avgjørende at eiendomsretten til utstyret ikke ble overført.²⁵²

Tilsvarende var det i *Abler*. Kantinelokalet som ble anvendt av overdrager for å drive virksomheten ble ikke overdratt. Dette var uten betydning, og det avgjørende var isteden ifølge domstolen at lokalet hadde blitt stilt til erververs rådighet og blitt anvendt.²⁵³ Dette gjaldt også der det var ordregiver og ikke overdrager som stilte lokalet til rådighet. Som en forlengning

²⁴⁹ 287/86 avsnitt 12

²⁵⁰ C-151/09 avsnitt 31

²⁵¹ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 90, Rt. 2010 s. 330 avsnitt 66 og E-2/95 avsnitt 40 og E-2/04 avsnitt 39

²⁵² C-234/98 avsnitt 30

²⁵³ C-340/01 avsnitt 43

av disse betraktningene, er det heller ikke en betingelse at gjenstandene er mottatt og anvendt i erververs egen økonomiske interesse. Det ble i denne retning uttalt i *Guney-Görres* at det hverken talte for eller imot om det var en virksomhetsoverdragelse, at eiendelene ikke ble overført i erververs interesse.²⁵⁴ Så lenge det overførte anvendes for å drive virksomheten og dens aktivitet videre, er det altså av betydning.

Spørsmålet om eiendomsretten må overføres eller om det er tilstrekkelig at eiendelene eller lokalet kun benyttes av erverver, var senest oppe i domstolen *Clece*. I saken ble hverken arbeidstagere eller eiendeler overført. Domstolen uttalte da at det eneste som ble overdratt var selve aktiviteten, her rengjøring, hvilket ikke ble ansett tilstrekkelig for at identiteten var i behold.²⁵⁵ Når det sies at det eneste som ble overført var aktiviteten, ser domstolen bort ifra at lokalene som ble rengjort, var de samme etter overdragelsen. Dette kan tyde på at domstolen fraviker anvendelseskriteriet som ble lagt til grunn blant annet i *UGT*.

Hvorvidt man kan trekke en slik slutning på bakgrunn av denne ene dommen, er imidlertid usikkert. Rettskildebildet før avgjørelsen var ganske klart. Helt siden *Ny Mølle Kro* fra 1987 og frem til *UGT* i 2010 har tolkningen av begrepet overdragelse vært konsekvent og konsist. Overdragelse omfattet alle de eiendeler som ble anvendt for å prestere aktiviteten til erververs virksomhet.

Uttalelsen fra retten i *Clece* bør leses i sammenheng med de faktiske forhold, og under hensyntagen til at dette var en personellintensiv bedrift. I motsetning til *UGT*, ble det ikke overtatt noen arbeidstagere i *Clece*, noe som normalt innebærer at identiteten ikke bevares ved overføring av denne type virksomheter. Den omstendighet at EU-domstolen i et slikt tilfelle ikke nevner særskilt at anleggsområdet, altså lokalene som skulle bli vasket, var det samme, kan derfor sees i lys av at det ikke ville vært utslagsgivende for vurderingen.

Med denne tolkningen er det ikke slik at man helt ser bort ifra at anlegget er det samme, men isteden at det er et relevant moment som ikke nødvendigvis er avgjørende for identiteten til arbeidskrevende bedrifter. En slik tolkning samsvarer med tidligere praksis. Et pregnant uttrykk for forskjellen mellom materiell- og personellintensiv virksomhet i så måte er *Abler*. Her ble ikke eiendomsretten til anleggs- og driftsmidlene overført, men de ble anvendt, hvilket var av avgjørende betydning. Som analysen ovenfor viser, har ikke erverver mulighet til å unngå forpliktelser ved å la være og overta eierskap til gjenstandene. For virksomheter som jobber på kontrakter, vil den omstendighet at ordregiver stiller lokaler og utstyr til rådighet

²⁵⁴ C-232/04 avsnitt 41. Også E-2/04 avsnitt 39

²⁵⁵ C-463/09 avsnitt 40

kunne tale sterkt for at identiteten er bevart, og da vil erverver følgelig også ha færre tilpasningsmuligheter.

3.7 Endringer foretatt av erverver

I denne del er det ikke spørsmålet om hva som må overføres som står sentralt, men isteden hvilke krav som stilles til den videre driften. En virksomhets organisatoriske oppbygning og aktivitetens karakter med tilretteleggelse og driftsmåte er identitetsmarkører. Forandres disse, er det i lovens forarbeider og i rettspraksis lagt til grunn at virksomheten kan skifte identitet.²⁵⁶ Problemstillingen her er hvor langt dette synspunkt kan trekkes, og da særlig under hensyntagen til at slike forhold nettopp kan forandres av erverver etter eget forgodtbefinnende.

3.7.1 Organisatorisk oppbygning

Dersom erverver integrerer den overtatte virksomhet i sitt foretak, vil organiseringen som kjennetegn ikke lenger være tilstede. Tilsvarende er det dersom erverver på annen måte forandrer oppbyggingen av organisasjonen, eksempelvis ved å dele opp virksomheten eller flytter noen stillinger til andre avdelinger.

Spørsmål om organiseringens betydning for identiteten var oppe til behandling i *Klarenberg*. Der uttalte domstolen at en betraktning hvor endring av organisering ene og alene skulle avgjøre om det var en virksomhetsoverdragelse, var et for snevert syn på identitetskriteriet. Domstolens begrunnelse var todelt. Den ene var at det av ordlyden i direktivet uttrykkelig fremgår at en enhets identitet ikke bare avgjøres av organiseringen, men også en undersøkelse av om den økonomiske aktivitet er videreført.²⁵⁷ For det annet ble det vektlagt at et motsatt synspunkt ville stride imot formålet med direktivet om å gi arbeidstagerne en effektiv beskyttelse, fordi man lot det være alene opp til erververs organisering om direktivet fikk anvendelse.²⁵⁸

På samme måte begrunnet EFTA-domstolen sin avgjørelse i *Rasmussen* om at identiteten til virksomheten kunne være bevart selv om tjenesten etter overføring ble utført av både erverver og et tilknyttet selskap.²⁵⁹

²⁵⁶ C-13/95 avsnitt 15, C-175/99 avsnitt 53 og Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 32

²⁵⁷ C-466/07 avsnitt 45-46

²⁵⁸ C-466/07 avsnitt 43

²⁵⁹ E-2/04 avsnitt 48

Slik uttalelsene fra EU-domstolen er formulert, er det naturlig å slutte at en virksomhets organisering fremdeles er et relevant moment, men at den ikke utgjør et kriterium som alene kan bestemme om identiteten er bevart. Det understrekes således i *Klarenberg* at identitetsvurderingen også skal angå organisatoriske forhold.²⁶⁰

I avgjørelsen gjøres det et skille mellom det som betegnes som den næringsdrivendes spesifikke tilretteleggelse, og det som kalles «den gjensidige funksjonelle afhengigheds- og komplementaritetsforbindelse» mellom de overførte gjenstander.²⁶¹ Det uttales at direktivet ikke skal fortolkes slik at det setter krav til den spesifikke tilretteleggelse, men at den gjensidige funksjonelle avhengighets- og komplementaritetsforbindelse må være opprettholdt. Det siste kriteriet er nært knyttet til begrunnelsen for identitetskriteriet.

I saken uttales det at en endring av den organisatoriske struktur ikke fratar erverver mulighet til å anvende det overførte så lenge den funksjonelle forbindelse er bevart. Den omstendighet at organisasjonen ikke lenger er selvstendig, men isteden integrert i erververs virksomhet, må etter dette ansees å utgjøre en spesifikk tilretteleggelse, og dermed ikke av betydning for identiteten. Det må allikevel være en funksjonell forbindelse som erverver drar nytte av og bruker i virksomheten, for at identiteten skal være i behold.²⁶²

Generaladvokat P. Mengozzi forklarer kriteriet ved å si at erverver må beholde den funksjonelle og formålsoverførte forbindelse mellom de ulike overførte faktorer slik at gjenstandene kan anvendes med henblikk på å utøve en spesifikk økonomisk aktivitet.²⁶³ Ifølge generaladvokaten er kravet oppfylt når de overførte gjenstander, herunder arbeidstagere, materielle og immaterielle midler, fremdeles benyttes for å utøve den aktivitet som ble utøvd hos overdrager.²⁶⁴

På bakgrunn av ovennevnte kan det utledes at identitetskriteriet ikke påvirkes av den strukturen som erverver velger å anvende på den overførte virksomhet, men at den funksjonelle forbindelse mellom det overførte må være bevart.²⁶⁵ Ved endringer av den funksjonelle forbindelse kan erverver således påvirke om det er en virksomhetsoverdragelse. På den annen side er det vanskelig å se for seg et tilfelle hvor dette er situasjonen, samtidig som de andre identitetskriteriene er oppfylt. Det betyr at momentet sjeldent vil ha selvstendig betydning.

²⁶⁰ C-466/07 avsnitt 45-46. Også forslag til C-466/07 avsnitt 47

²⁶¹ C-466/07 avsnitt 47

²⁶² Også Næss 2013 s. 94 flg.

²⁶³ Forslag til C-466/07 avsnitt 44

²⁶⁴ Forslag til C-466/07 avsnitt 46

²⁶⁵ Også Evenrud Arbeidsrett.no note 8

3.7.2 Aktiviteten

I teorien er det uenighet om videreføring av aktiviteten er et selvstendig kriterium. Fougner m.fl. og Jakhelln hevder det, mens Sønsteli Johansen/Stueland anfører det motsatte.²⁶⁶ Lovens forarbeider uttaler at det er et eget kriterium, dog i samme avsnitt som det uttales at videreføring av aktiviteten er et sentralt vurderingstema.²⁶⁷ Det understrekes i forarbeidene at videreføring av aktivitet ikke er tilstrekkelig alene, og det kan virke som at uttalelsen hovedsakelig tar sikte på å bemerke dette. I rettspraksis er det aldri uttalt at det er et selvstendig kriterium, heller tvert om når det i *Spijkers* uttrykkelig sies om de ulike momentene, at ingen som utgangspunkt har større vekt enn andre.²⁶⁸

Sønsteli Johansen/Stueland begrunner synspunktet med at det ellers ville innbydd til vanskelige problemer hvor erververs skjønn kunne bestemme anvendelsesområdet.²⁶⁹ Etter min mening er det et relevant moment, men kun et blant flere i helhetsvurderingen, og da beror vekten av momentet på graden av likhet av aktivitetene.²⁷⁰ Dette legger for så vidt også Fougner m.fl. til grunn i sin drøftelse, og uenigheten ser derfor ut til å gjelde hvor lik aktiviteten må være for at identiteten skal være i behold. Dette er problemstillingen i avsnittet.

I *Løten SFO* ble Høyesterett forelagt et spørsmål om erververs endringer av tilretteleggelsen og driftsmåten medførte at virksomheten skiftet identitet. Under hensyntagen til bedriftens art, la domstolen avgjørende vekt på at personalet hos erverver hadde høyere kompetansekrav og at innholdet i tjenesten var blitt forandret.²⁷¹ Utover at man hadde videreført SFO-tilbudet, hadde erverver også utvidet aktiviteten til å omfatte et tilbud for 6-åringer. På bakgrunn av dette fant Høyesterett at identiteten til virksomheten ikke var i behold. I dommen om ISS la lagmannsretten også vekt på at erverver hadde høyere kompetansekrav som medførte at innholdet i tjenesten i «noen utstrekning» skiftet karakter.²⁷²

Som Fougner m.fl. anfører, representerer dommen antageligvis et grensetilfelle.²⁷³ Der hevdes det også at *Løten SFO* ikke nødvendigvis var i samsvar med EU-praksis, og det henvises sær-

²⁶⁶ Fougner m.fl. 2013 s. 941 og Jakhelln 2006 s. 506

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 257

²⁶⁸ 24/85 avsnitt 13. Se også Mulder 2004 s. 268-267

²⁶⁹ Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 875 flg.

²⁷⁰ 24/85 avsnitt 13 og C-463/09 avsnitt 34

²⁷¹ Rt. 1997 s. 1954 s. 1963

²⁷² Rg. 2001 s. 1438

²⁷³ Fougner m.fl. 2013 s. 941-943

skilt til *Redmond Stichting*. En innvending mot Founger m.fl er at det i *Løten SFO* ikke virker å ha vært mulig å dele opp de ulike deler av virksomheten, slik at den del som ikke fordret høyere kompetansekrav ble ansett å utgjøre en selvstendig enhet. I så fall er ikke det som angår den mer ressurskrevende delen av fritidsordningen en aktivitet av særlig art med selvstendig formål som kan likestilles med en del av en bedrift, i henhold til *Redmond Stichting-læren*.²⁷⁴ Det hadde imidlertid vært en fordel dersom Høyesterett hadde tatt uttrykkelig stilling til problemstillingen.

En sak hvor det ble tatt hensyn til at erverver hadde forandret materiell og profileringsartikler, var i *Eidesund*.²⁷⁵ Hvilken vekt momentet hadde, ble overlatt til lagmannsretten og de kom til at endringene ikke var tilstrekkelige til å forandre hvorledes enheten fremstod utad.²⁷⁶ Det ble vist til at utstyr og arbeid var det samme, mens de eneste endringene kundene kunne registrere var logo på uniformer, sengetøy mv., hvilket ikke var tilstrekkelig. Avgjørelsen ble anket, men også Høyesterett kom til at det forelå en virksomhetsoverdragelse, men uten å drøfte problemstillingen særskilt.²⁷⁷ En sak som tydelig eksemplifiserer et tilfelle hvor endringen av aktiviteten påvirker identiteten, er dommen om overføringen av fergesambandet på Oslo-Nesodden. Her ble oppgaven endret fra verkstedsarbeid til tilsyn, og arbeidslokalene ble endret betraktelig, hvilket var tilstrekkelig til å utelukke at overføringen var en virksomhetsoverdragelse.²⁷⁸

Når en arbeidsgiver skiftes ut, og erverver som ny leder overtar driften, er det naturlig at det skjer visse justeringer av tilretteleggelsen av aktiviteten som drives. Slike forandringer som vanligvis utføres av erververe, og som dermed nærmest er en naturlig følge av en virksomhetsoverdragelse, kan det stilles spørsmål om påvirker karakteren til virksomheten. I så fall er det tenkelig at en stor del av virksomhetsoverføringene som utføres, ikke ville bli omfattet av regelverket. Man ville således ikke ha oppnådd en effektiv beskyttelse for arbeidstagerne ved å vektlegge denne type endringer, hvilket taler for at slike mindre endringer ikke ansees å utgjøre identitetsmarkører for en bedrift.

Problemstillingen var forelagt Høyesterett i *Bardufoss Flyservice*. Her var det et spørsmål om bakkjettenestenes karakter var endret ved annen tilretteleggelse og driftsmåte. Erverver hadde på grunn av et kundeskifte, fra SAS til Norwegian, endret profilering, med ny uniformer, farver og arbeidsmåte. Overføringen medførte også endring av kompetansekravene til de ansatte,

²⁷⁴ 29/91 avsnitt 30-31

²⁷⁵ E-2/95 avsnitt 41

²⁷⁶ LG-1995-672

²⁷⁷ Rt. 1997 s. 1965

²⁷⁸ LB-2010-31001

mer arbeid på tvers av faggrenser og mindre administrasjon. Videre var det en annen datateknisk løsning som ble benyttet ved innsjekking. Erverver foretok altså en endring av ytre kjennetegn ved aktiviteten, personalbehov og datateknikk. Av Høyesterett ble forandringene samlet betegnet som klassiske, og det ble konkludert med at disse ikke fikk innvirkning på bakketjenestenes karakter og derfor heller ikke enhetens identitet.²⁷⁹

Som begrunnelse fremhevet domstolen at forandringene hverken utad eller internt hadde endret innholdet i tjenesteytelsen nevneverdig.²⁸⁰ I tillegg ble det understreket at en motsatt betraktning ville gjøre at reglene ikke hadde fått anvendelse på en rekke virksomhetsoverdragelser.²⁸¹

En innvending mot dommen kan grunnes på rettens henvisning til *Rasmussen*,²⁸² hvor domstolen la vekt på om oppgavene var de samme, og ikke organiseringen.²⁸³ Høyesteretts henvisning og uttalelse kan tyde på at domstolen ser bort ifra at bedriftens identitet også bestemmes av hvorledes virksomhetens aktivitet utføres, og ikke bare at aktiviteten er lik.²⁸⁴ Dommen kan imidlertid ikke bli forstått på bakgrunn av bare disse to avsnittene, og den må leses i sammenheng med at domstolen faktisk undersøker om driftsmåte og tilretteleggelse har påvirket identiteten. På den annen side er det nærliggende å tolke avgjørelsen slik at tilretteleggelse og driftsmåte ikke er selvstendige momenter, men at endringene må ha påvirket virksomhetens aktivitet for å være relevante.²⁸⁵ En slik tolkning samsvarer også med hvorledes forholdet til *Løten SFO* ble behandlet. Det kan imidlertid synes å stride imot utgangspunktet i forarbeidene som sier at «vesentlig endring» av omfang, produkt eller produksjonsmåte kan gjøre at enhetens identitet ikke er bevart.²⁸⁶ Klingsten er av samme oppfatning som fremkommer av forarbeidene.²⁸⁷ Svenning Andersen m.fl. legger på den annen side til grunn at vesentlige endringer i virksomhetens aktivitet, kan innebære at identiteten brister.²⁸⁸

Endring av navn, drift fra andre lokaler og at det anvendes annet utstyr behøver heller ikke å være så sterke identitetsmarkører at en endring av dem medfører at identiteten brister. *Keiserinnen* er her et eksempel på tilfelle hvor endring av navn ikke var tilstrekkelig. Tilsvarende i

²⁷⁹ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 73

²⁸⁰ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 74

²⁸¹ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 73

²⁸² Rt. 2010 s. 330 avsnitt 76

²⁸³ E-2/04 avsnitt 48

²⁸⁴ Rt. 2010 s. 330 avsnitt 77

²⁸⁵ Slik LB-2014-29914

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 32

²⁸⁷ Klingsten 2002 s. 65-66

²⁸⁸ Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 124-126

Merckx, som gjaldt enerett til å forhandle Ford innenfor et avgrenset område.²⁸⁹ Så lenge utsalgsstedet lå innenfor samme område som eneretten gjaldt for, var det heller ikke av betydning at erverver hadde endret hjemstedet. Mulder tolker dommen slik at erververs endringer må påvirke aktiviteten.²⁹⁰

Som det også ble understreket i *Merckx*, beror vurderingen av hvilke endringer som medfører at den opprinnelige identitet opphører, på hva som kjennetegner bedriften. I en sak hvor overdragelsen gjelder et merkenavn, der hvor lokaliseringen er av særlig art eller at utstyret er helt individuelt, kan undersøkelsen dermed falle annerledes ut.

Etter ovennevnte analyse kan det sies at erverver ved å endre aktivitetens karakter til en viss grad kan gjøre at identiteten ansees endret. Samtidig er det ikke mulig å spesifisere nærmere hvor meget erverver må endre, ettersom dette må vurderes konkret for hver enkelt overføring. Man har på den ene side de klare tilfelle hvor virksomhetens aktivitet er en annen, eksempelvis ved at filmutleie utvikles til filmfremvisning. Mindre klare tilfelle er der hvor overdragers virksomhet fremdeles kan benyttes til å utføre erververs aktivitet, men at aktiviteten har endret innhold, eksempelvis ved at en kafe blir til en restaurant.

Sønsteli Johansen/Stueland nevner dette som eksempel, og anfører at endringen i seg selv ikke er nok til å utelukke reglenes anvendelse.²⁹¹ Dersom man ser på drøftelsene til Høyesterett i *Løten SFO* og *Bardufoss Flyservice* hvor en endring av oppgavene blir vektlagt særskilt, er det mye som taler for at momentet er viktig, og i *Løten SFO* også utslagsgivende. Dette betyr imidlertid ikke at det er tilstrekkelig alene, og det er heller ikke holdepunkter i praksis fra Høyesterett, EU- eller EFTA-domstolen som taler for dette. På den annen side vil gjerne de andre momentene i identitetsvurderingen, som kundekrets og arbeidstagere, heller ikke være oppfylt i et slikt tilfelle, slik at man etter en helhetsvurdering uansett kommer til at det ikke foreligger en virksomhetsoverdragelse.²⁹²

²⁸⁹ C-171/94 avsnitt 21

²⁹⁰ Mulder 2004 s. 270

²⁹¹ Sønsteli Johansen/Stueland 2009 s. 876-877

²⁹² Også Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 876

4 Avslutning

4.1 Omgåelseshensikt som grense for tilpasningen

Av redegjørelsen om begrepet virksomhetsoverdragelse og erververs tilpasningsmuligheter, fremgår det at muligheten til å omgå reglene, er bragt opp i rettspraksis, både fra EU,²⁹³ EF-TA²⁹⁴ og Høyesterett.²⁹⁵ I praksisen har omgåelsesmuligheten blitt benyttet som et moment for å fortolke rettsvilkårene på en bestemt måte slik at omgåelse unngås. Dette har hatt som konsekvens at vilkårene for overdragelse og enhet er tolket så vidt, at det finnes få, om ingen, tilpasningsmuligheter for erverver. På den annen side finnes det ikke en ren omgåelsessak hvor domstolen også viser til erververs omgåelseshensikt i premissene.²⁹⁶ Av denne grunn er det vanskelig å trekke slutninger fra rettspraksis om hvilken betydning motivet til erverver har. En av grunnene til at domstolen ikke har innledet undersøkelse av erververs subjektive hensikt, kan dels være at det er vanskelig å bevise motiv og dels at hensynet til forutberegnelighet og rettsteknisk enkle løsninger taler imot å tillegge subjektive forhold vekt.

Det nevnes at arbeidsgivers styringsrett generelt er begrenset av krav til saklighet.²⁹⁷ Som Fougner fremhever, kan dette gi grunnlag for å vektlegge omgåelse med den konsekvens at arbeidsgivers disposisjoner kjennes ugyldige.²⁹⁸ Med unntak for utvidet arbeidsgiveransvar gjelder imidlertid styringsretten kun overfor arbeidstagerne som er ansatt der. Saklighetskravet vil dermed kunne begrense overdragers styringsrett, men stort sett ikke erververs og dette er en problemstilling som faller utenfor avhandlingen. For det tilfelle hvor det vil ha betydning også for erverver, som i konserner, fremgår det av analysen om tilpasningsmuligheter at erverver har svært begrensede muligheter til å tilpasse overføringene uavhengig av saklighetskravet.

Arbeidslivslovutvalget vurderte spørsmålet om betydningen av omgåelseshensikt i forbindelse med utredningen for ny arbeidsmiljølov.²⁹⁹ Utvalget anerkjente det problematiske ved at erverver kan bestemme om vernereglene får anvendelse, og det særlig ut ifra en betraktning om reglenes sosiale formål.³⁰⁰

²⁹³ C-340/01

²⁹⁴ E-2/04

²⁹⁵ Rt. 2010 s. 330

²⁹⁶ Også Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 894

²⁹⁷ Rt. 2001 s. 418 s. 427

²⁹⁸ Fougner 2006 s. 69 flg.

²⁹⁹ NOU 2004:5 s. 364-367

³⁰⁰ NOU 2004:5 s. 365

Mot en omgåelsesnorm trakk utvalget frem at de faktiske forhold ved virksomhetsoverdragelser kunne variere stort. Med et slikt bakteppe ble det uttalt at avveiningen mellom hensynet til konkurranse, næringsutvikling og arbeidervern kunne falle ulikt ut i den konkrete sak, og derfor ville det være utfordrende å ha forutsigbare regler som kunne anvendes i alle tilfellene.³⁰¹

Konklusjonen til utvalget var at det ikke skulle foretas noen endringer i reglenes anvendelsesområde, men at utviklingen isteden skulle fortsette å skje i rettspraksis.³⁰² Det kom derfor hverken en omgåelsesnorm eller lempeligere krav til identitetsvilkåret i den nye arbeidsmiljøloven. Et mindretall i utvalget hadde særbemerkninger om betydningen av at ansatte overtas, men sluttet seg ellers til flertallet i konklusjonen.

I ettertid er det ikke i dommene som er behandlet av Høyesterett, holdepunkter for å si at det eksisterer en gjennomskjæringsregel.³⁰³ Dette anerkjenner også Moland.³⁰⁴ I motsatt retning går imidlertid den omstendighet at det i Arbeidsretten er praksis for en gjennomskjæringsregel ved omgåelser av tariffoppliktelser.³⁰⁵ Til forskjell fra for anvendelsesområdet er det imidlertid en lang og fast praksis for dette i Arbeidsretten, hvilket fremkom også av forarbeidene til den nye loven.³⁰⁶ Når lovgiver da lar det være opp til rettspraksis å avgjøre hvorvidt anvendelsesområdet skal utvides, er det liten grunn til å trekke analogislutninger fra Arbeidsretten. En annen side av saken er at Arbeidsrettens praksis angår rettsvirkningene, mens spørsmålet her er rettsvilkårene. Det er derfor vanskelig å se at det foreligger holdepunkter for å trekke analogislutninger fra tariffrettens område.³⁰⁷

Sønsteli Johansen synes allikevel å mene at det gjelder en begrenset gjennomskjæringsregel for det tilfelle at arbeidstagere ikke overtas grunnet omgåelseshensikt.³⁰⁸ Synspunktet er videreført i generell utgave i Sønsteli Johansen/Stueland hvor det uttales at praksis fra EFTA-domstolen og Storbritannia tyder på at «disposisjoner som ikke har annet formål enn å omgå reglene, medfører at reglene får anvendelse.»³⁰⁹ Avgjørelsen fra EFTA-domstolen som det vises til, er *Rasmussen*, hvor hensikten til erverver ikke drøftes, men isteden at muligheten for omgåelse talte for at organisasjonsstrukturen ikke gjorde direktivet uanvendelig. Sett sammen med at avgjørelser fra underinstanser i Storbritannia ikke kan tillegges nevneverdig vekt ved

³⁰¹ NOU 2004:5 s. 365

³⁰² NOU 2004:5 s. 366

³⁰³ Hverken Rt. 2006 s. 71, Rt. 2010 s. 330, Rt. 2011 s. 1755 eller Rt. 2012 s. 983.

³⁰⁴ Moland 2009 punkt 6.3.

³⁰⁵ ARD 28/2008 avsnitt 98.

³⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 271.

³⁰⁷ Motsatt Moland 2009 s. 86.

³⁰⁸ Sønsteli Johansen 2002 s. 454.

³⁰⁹ Sønsteli Johansen/Stueland 2011 s. 894.

bedømmelsen av norsk rett, er det etter min mening ikke rettskildemessig dekning for synspunktet.

Det bemerkes også at gjeldende rett i Storbritannia ikke er helt klar på dette punkt. McMullen hevder at avgjørelsene i *Süzen*, *Hidalgo*, *Allen* og *Liikenne* medfører at det ikke er rom for omgåelsesmomentet ved identitetsvurderingen, og han anfører at avgjørelsene fra Court of Appeal av denne grunn er gale.³¹⁰ Davies har samme oppfatning, selv om han ikke går like klart imot nasjonale domstolars fravikelse av EU-domstolens praksis.³¹¹

Omgåelseshensikt kan også tillegges betydning ved å lempe på kravene som stilles for at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Det er dette som er blitt gjort for vilkårene om enhet og overdragelse, og Moland anfører at dette er gjeldende rett også for identitetskravet.³¹² Slik argumenterte kommisjonen i *Abler*,³¹³ og det var dette som delvis fikk tilslutning av domstolen.³¹⁴ Det er imidlertid vesentlig å bemerke at det i *Abler* ikke ble tatt stilling til erververs motiv, men bare muligheten til å omgå direktivet. Som det fremgår av min undersøkelse av dommen, betyr dette at man ikke vil legge vekt på manglende overføring av arbeidstagere i bedrifter som identifiseres av andre innsatsfaktorer enn arbeidskraften.

Molands argumentasjon baserer seg i stor grad på generaladvokatens forslag og hva hun anser som domstolenes reelle begrunnelse. Etter min mening er dette å tillegge generaladvokatens uttalelser for stor vekt. Videre er det vanskelig å se at den konstruerte ratio decidendi som Moland stiller opp, faktisk stemmer.³¹⁵ Både Høyesterett og EU-domstolen har hatt foranledning til å ta stilling til spørsmålet, men allikevel har de ikke uttalt at erververs hensikt til å omgå reglene er relevant for bedømmelsen. På tross av at spørsmålet allerede ble berørt av generaladvokaten i forslaget til *Spijkers*,³¹⁶ og som gjennomgangen viser under spørsmålet om transaksjonsgjenstand, vært bragt opp ved en rekke senere anledninger, har domstolen ikke nevnt det som et relevant moment. Tvert om uttales det i praksis at det er de faktiske omstendigheter omkring overdragelsen som skal undersøkes, og likeledes Høyesterett i *Olderdalen*.³¹⁷

³¹⁰ McMullen 2001 s. 397-400.

³¹¹ Davies 2001 s. 233-235.

³¹² Moland 2009 punkt 6.3.

³¹³ Forslag til C-340/01 avsnitt 32-33.

³¹⁴ C-340/01 avsnitt 37.

³¹⁵ Slik også Evenrud Arbeidsrett.no note 8 til aml. § 16-1.

³¹⁶ Forslag til 24/85.

³¹⁷ C-29/91 avsnitt 24, C-209/91 avsnitt 20, C-13/95 avsnitt 14 og Rt. 2001 s. 248 (s. 257).

Klingsten nevner en kreativ løsning som baserer seg på hva som er naturlig å gjøre i et tilfelle, og unngår dermed subjektive vurderingselementer. Dersom erverver ikke overtar arbeidstagerne fra overdrager, men rekrutterer eksternt allikevel, anfører hun at arbeidstagerne bør ansees som om de var overtatt fra overdrager ved identitetsvurderingen.³¹⁸ I samme retning går Svenning Andersen, dog baserer han seg på praksis fra den danske Arbeidsretten, hvilket medfører at uttalelsen ikke har nevneverdig rettskildemessig betydning for oss.³¹⁹

Svenning Andersen m.fl. legger til grunn at omgåelse er en tolkningsfaktor som kan medføre at det ikke legges avgjørende vekt på at erverver ikke har overtatt arbeidstagerne.³²⁰ Som eksempel på omgåelsestilfeller nevnes der at arbeidstagerne er oppsagt før overdragelsen etter påkrav fra erverver. Tilsvarende uttaler Fougner/Holo, under henvisning til *Merckx*, at arbeidstagerne som er oppsagt i strid med forbudet, skal medregnes blant dem som overtas av erverver.³²¹ Stemmer dette, vil det avskjære erververs tilpasningsmuligheter betydelig. Det vil også være en ganske tilfeldig regulering ettersom erverver vil ha de samme tilpasningsmulighetene ved bare å la være og overta arbeidstagerne, slik at overdrager må gå til oppsigelse uansett i etterkant av overføringen.

En annen innvending mot betraktningene til Svenning Andersen m.fl., Klingsten og Fougner/Holo er at de lener seg på reglens preseptoriske karakter og uttalelsen i *Merckx*, som begge angår rettsvirkningene til reglene. Kravet til identitet er en betingelse for at de preseptoriske reglene skal få anvendelse, og vilkåret må være oppfylt for at vernereglene skal beskytte arbeidstageren.³²² Et annet spørsmål er at arbeidstager kan ansees for å være oppsagt i strid med forbudet i art. 4 og aml. § 16-4, også før overdragelsen har funnet sted.³²³ Dette vil være situasjonen dersom oppsigelsen skyldes overdragelsen, hvilket typisk vil være tilfelle når det kommer et krav fra erverver om det. Ifølge rettspraksis innebærer imidlertid ikke en tilsidesettelse av forbudet at arbeidstagerne ansees overtatt av erverver, men bare at de fremdeles har et arbeidsforhold med overdrager på tidspunktet for overdragelsen.³²⁴ Foreligger vilkårene ellers for at det er en virksomhetsoverdragelse, vil de oppsagte arbeidstagerne eventuelt av denne grunn ansees overtatt av erverver, men ikke kun fordi de er oppsagt i strid med forbudet.

³¹⁸ Klingsten 2002 s. s. 61 note 38 og s. 64.

³¹⁹ Svenning Andersen 1999 s. 5.

³²⁰ Svenning Andersen m.fl. 2009 s. 113 og s. 121-124.

³²¹ Fougner/Holo 2006 s. 900.

³²² Også Vibe Andreassen 2000 s. 27.

³²³ 101/87 avsnitt 18.

³²⁴ C-51/00 avsnitt 28 og C-386/09 avsnitt 30.

Merckx forandrer ikke dette, og EU-domstolen uttalte der bare at brudd på forbudet «ikke kan innebære, at der ikke foreligger en overførsel i den i direktivet forudsatte betydning.».³²⁵ Jeg tolker dette slik at direktivstridig oppsigelse ikke alene kan medføre at direktivet ikke får anvendelse.³²⁶ At det innfortolkes i utsagnet at man skal se bort ifra det som faktisk ble overtatt, og anse arbeidstagere som ble oppsagt som overtatt, virker ikke naturlig. Dette gjelder særlig dersom uttalelsen leses i sammenheng med domskonklusjonen som konstaterer at det var «overtaget en del af personalet».³²⁷ Dette viser tydelig at domstolen tok utgangspunkt i de personer som faktisk var overført, nemlig 14 av 60, og ikke inkluderte de oppsagte, som da kunne utgjort alle 60. I samme retning går Davies, som tolker avgjørelsen slik at overtagelse av arbeidstagere generelt ikke kan være avgjørende.³²⁸

I den andre retningen går Mønsted/Kjellegaard Jensen og Schaunburg-Müller/Werlauff hvor alle synes å tolke *Süzen* slik at erverver ved ikke å overta arbeidstagere eller aktiva, kan unngå å overta arbeidsrettslige forpliktelser med den virkning at det ikke finnes rom for omgåelsesbetraktninger.³²⁹ Davies synes å mene det samme, selv om han kritiserer dommen på bakgrunn av formålsbetraktninger og at domstolen ikke var tydelige nok i sin fravikelse av *Schmidt*.³³⁰ Schaunburg-Müller/Werlauff bemerker at det er nedre grense for direktivets anvendelse, og de synes å hevde at omgåelseshensikt og interessefellesskap bare er av betydning ved tariffavtaler.³³¹ Ifølge Dege og Fougner m.fl. er omgåelseshensikt en relevant tolkningsfaktor, men hvilken konkret betydning de mener det skal ha, er vanskelig å se.³³² Tilsvarende med Jakhelln som nevner at formålet bak direktivet tilsier at omgåelse er urettmessig.³³³ Samme sted anfører Jakhelln imidlertid at tilpasninger fra erverver kan være legitime ut ifra økonomiske betraktninger, og henviser til *Olderdalen Ambulanse*.

Storeng m.fl. og Evenrud anfører at regelverket åpner for tilpasninger, men at det er en grense mot rene omgåelser. Hva som menes med rene omgåelser er ikke helt klart, men begge nevner som eksempler oppsplitting av transaksjon og det å sette ulike tidspunkt for overføring.³³⁴ Eksempelene samsvarer godt med rettspraksis i den forstand at domstolen ikke har tillagt dis-

³²⁵ C-171/94 avsnitt 26.

³²⁶ Slik også Evenrud *Arbeidsrett.no* note 8 til aml. § 16-1.

³²⁷ C-171/94 avsnitt 32.

³²⁸ Davies 1996 s. 249.

³²⁹ Mønsted/Kjellegaard Jensen 1997 s. 429-433 og Schaunburg-Müller/Werlauff 2011 s. 36-41.

³³⁰ Davies 1997 s. 196-197.

³³¹ Schaunburg-Müller/Werlauff 2011 s. 91-94.

³³² Dege 2009 s. 747-748 og Fougner m.fl. 2011 s.176.

³³³ Jakhelln 2006 s. 510-511.

³³⁴ Storeng m.fl. 2014 s. 557, Evenrud *Arbeidsrett.no* note 8.

posisjoner betydning når den ikke har en realitet, men praksisen viser derimot ikke at omgåelseshensikt har vært et relevant moment.

Evju synes å være av samme oppfatning når han uttaler i sin tolkning av *SAS Braathens* at erververs organisering og oppsplitting av transaksjoner er uten betydning for identitetsvilkåret, mens det for de faktisk overførte gjenstander kun uttales at listen er senket.³³⁵ Evju bemerker imidlertid at grensen for akseptable tilpasninger er uklar, men at kontrasten mellom *Olderdalen Ambulanse* og *SAS-Braathens* på vurderingen av omgåelseshensikt, kan antyde en endring i gjeldende rett.³³⁶

I den senere tid er det kommet til en avgjørelse fra Høyesterett og en fra EU-domstolen, som på lang vei kan tenkes å ha avgjort spørsmålet. I *CLECE* fant EU-domstolen at det i en personellintensiv virksomhet må være overført en betydelig del av arbeidstagerne for å utgjøre en virksomhetsoverdragelse. I saken hadde erverver behov for å overta arbeidstagere, men han valgte å rekruttere eksternt istedenfor å overta overdragers arbeidstagere. Dette var altså en sak hvor det typisk kunne tenkes å være omgåelseshensikt. Når domstolen allikevel konkluderer med at arbeidstagere må være overført fra overdrager, etterlater dette ikke rom for omgåelsesbetraktninger.³³⁷ Med styrke gjelder dette, dersom avgjørelsen leses i lys av generaladvokatens forslag som uttrykkelig tar avstand fra at ekstern nyrekruttering hos erverver taler for at det er en virksomhetsoverdragelse.³³⁸

Likeledes er det med *Gate Gourmet*. I saken påberopte arbeidstagerne seg at omgåelseshensikt hadde betydning ved identitetsbedømmelsen, og de anførte at dette var tilfelle i saken ettersom erverver kun overtok 50, selv om de til sammen rekrutterte 164 nye medarbeidere. Høyesterett tok stilling til spørsmålet og uttalte uttrykkelig at det ikke har selvstendig betydning om erververs hensikt ved ikke å overta arbeidstagere er å omgå reglene.³³⁹ Tatt i betraktning at saken gjaldt et tilfelle av nyrekruttering hos erverver og storstilt oppsigelse hos overdrager, kan avgjørelsen sies å sementere rettsoppfatningen i *Olderdalen Ambulanse* om at subjektive forhold er irrelevant. En innvending mot å trekke en slik bastant tolkning, kan være at saken faktisk ikke gjaldt et tilfelle hvor manglende overtagelse av arbeidstagere var utslagsgivende, men isteden aktive.³⁴⁰ Uttalelsen fra Høyesterett bærer således preg av å være et obiter dictum. På den annen side viser dommen at det hverken er holdepunkter i norsk retts-

³³⁵ Evju 2006 kapittel 4 og 7.

³³⁶ Evju 2006 kapittel 7 og 4.3.

³³⁷ Også McMullen 2012 s. 471-472.

³³⁸ Forslag til C-463/09 avsnitt 75.

³³⁹ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 68.

³⁴⁰ Rt. 2011 s. 1755 avsnitt 62-66.

praksis for at anvendelsesområdet for arbeidsmiljølovens regler er forskjellig fra direktivets, eller at omgåelseshensikt er relevant.

I samme retning går Fougner m.fl. i 2. utgave av kommentarutgaven. Der kan det også se ut til at synspunktet om at brudd på oppsigelsesforbudet medfører at arbeidstagerne skal regnes som overtatt, er forlatt. Fougner m.fl. tolker *Merckx* på samme måte, men ellers konkluderes det med at erverver kan tilpasse overføringen ved ikke å overta arbeidstagerne.³⁴¹

Etter dette må det kunne konstateres at omgåelseshensikt ikke har betydning ved bedømmelsen av hva som er faktisk overført.³⁴² At det kan ha betydning for enhets- eller overdragelseskriteriet, må sies å være tvilsomt. På den annen side er det realiteten i overdragelsen som skal undersøkes, hvilket innebærer en begrensning av erververs tilpasningsmuligheter. Det understrekes også at den objektive muligheten for omgåelse er relevant som del av den formålsbaserte fortolkningen, og at dette i praksis har begrenset erververs tilpasningsmuligheter.

4.2 Interesfefellesskap

Et annet spørsmål er om identitetskriteriet er lempeligere ved interesfefellesskap. Dette kan i så fall fungere som en objektiv form av omgåelseshensikt. Rettsanvenderen behøver da kun å konstatere et fellesskap for å anvende et annet identitetskrav, istedenfor å måtte ta den vanskelige oppgaven med å bevise omgåelseshensikt. Dette ble anført av arbeidstagerne og hjelpeintervenientene i *SAS-Braathens*. Til det uttalte Høyesterett at det nok oftere i praksis vil være en virksomhetsoverdragelse ved interesfefellesskap, men at de samme kriterier som er satt opp i rettspraksis, får anvendelse også da.³⁴³ Tas domstolens uttalelse på ordet, er det altså ikke et moment som taler for virksomhetsoverdragelse at det foreligger interesfefellesskap, men isteden bare en antagelse om at det faktisk oftere vil være det. Slik tolker både Evju og Evenrud dommen,³⁴⁴ men motsatt Moland.³⁴⁵

Fougner tolker dommen slik at interesfefellesskap ikke medfører en rettslig presumsjon for virksomhetsoverdragelse, og betraktningen er således sammenfallende med synet som forfektes her.³⁴⁶ Imidlertid uttaler han samme sted at uttalelsen er med på å begrense tilpasningsmulighetene, ettersom det de facto vil stå i en annen stilling enn transaksjoner på armlengdes

³⁴¹ Fougner m.fl. 2013 s. 935.

³⁴² Også Evenrud Arbeidsrett.no note 8.

³⁴³ Rt. 2006 s. 71 avsnitt 88.

³⁴⁴ Evju 2006 s. 56 og Evenrud Arbeidsrett.no note 8 til aml. § 16-1.

³⁴⁵ Moland 2009 del 5.4.2.3.

³⁴⁶ Fougner 2006 s. 76.

avstand. Rekkevidden av uttalelsen er ikke helt klar, men kan muligens sees i sammenheng med at han benytter interessefellesskapet som hensyn for hvorfor oppdeling av transaksjoner ikke er relevant. Etter min mening er det ingen holdepunkter i avgjørelsen, eller annen praksis, for at det skal tillegges selvstendig vekt om det foreligger interessefellesskap. På den annen side kan interessefellesskap gjøre det enklere å omgå direktivet, hvilket er fremhevet av Evju.³⁴⁷ Løsningen på dette er imidlertid at substans settes foran form, hvilket er omtalt i punkt 3.3.

4.3 Konklusjon

Denne avhandlingen har påvist at erverver til en viss grad kan bestemme selv om reglene som beskytter arbeidstager ved virksomhetsoverdragelse skal komme til anvendelse. Det er også belyst at denne tilpasningsmuligheten er størst ved spørsmålet om identiteten til virksomheten er bevart. Særlig i personellintensive bransjer som ikke krever særlig ekspertise, er det tenkelig at erverver kan og vil benytte seg av denne tilpasningsmuligheten med konsekvens for overdragers arbeidstagere. Et typisk eksempel på en slik bransje er rengjøringsvirksomhet, og her vil arbeidstagerne være særlig utsatt for å miste rettigheter ved kontraktsovergang. Deres erverver rekrutterer annetsteds fra, eller ikke overtar en betydelig del av arbeidsstyrken, utgjør dette nemlig ikke en virksomhetsoverdragelse.

Ettersom rettspraksis ikke har benyttet den mulighet som ble forutsatt i forarbeidene til å utvide virksomhetsoverdragelsesbegrepet, er det opp til lovgiver å vurdere om dette er en rettstilstand som godtas, og eventuelt hvilken løsning som er hensiktsmessig. Her vil jeg kort nevne to ulike forslag.

En løsning kan være å innføre en gjennomskjæringsregel ved omgåelseshensikt eller å vektlegge denne hensikten på annet vis. Med erfaringen fra Storbritannia hvor en slik regel ledet til store problemer med forutsigbarhet for partene i næringslivet, og påfølgende økte transaksjons- og prosessomkostninger, er imidlertid ikke dette å anbefale.³⁴⁸ En annen løsning kan være å innføre en særregel for overdragelser ved inn- og utkontrahering og overføring av kontrakter, som gjør videreføring av aktivitet til et tilstrekkelig vilkår. Dette vil på en side skape forutsigbarhet for arbeidsgiverne, ivareta arbeidstagers rettigheter og utjevne forskjellene mellom kontraheringsvirksomhet og annen virksomhet. På den annen side kan en slik regel skape dårligere konkurranse hvor eksempelvis mindre bedrifter ikke tør å ta del i anbudskonkurran-

³⁴⁷ Evju 2006 s. 57.

³⁴⁸ Public Consultation Document URN 05/926 s. 77 flg.

ser i frykt for forpliktelser, forhindre innovasjon eller skape innlåsnings effekter hvor dårlige eller for høyt betalte arbeidstagere blir ved å arbeide under erververen.³⁴⁹

I Storbritannia har de siden 2006 hatt en slik regel for kontraheringsvirksomhet. Erfaringen derfra har vist at en egen Service Provider-regel ikke utelukker all uforutsigbarhet. Dette er blant annet fordi det fremdeles blir et spørsmål om aktiviteten er den samme hos erverver, og dette er prosessdrivende.³⁵⁰ En annen ting er at det kan spørres om EU-domstolen i fremtiden vil anvende *Alemo-Herron*-grensen på medlemsstatenes mulighet til å fravike reglene til arbeidstagers gunst, også på anvendelsesområdet og ikke bare rettsvirkningene. I så fall vil en slik regel som finnes i Storbritannia og Tsjekkia,³⁵¹ kunne bli utfordret på det grunnlag at den er i strid med kontraktsfriheten nedfelt i art. 16 i EU-charteret. Som Prassl påpeker, er imidlertid ikke en slik fortolkning nødvendigvis i samsvar med tidligere rettspraksis. Det kan også reises spørsmål om fravikelsesbestemmelsen i charterets art. 52 første ledd taler for å gi direktivet forrang.³⁵² Med den utvikling vi har sett fra EU-domstolen, kan denne problemstillingen allikevel ikke utelukkes helt. Jeg vil imidlertid bemerke at domstolen så nylig som i *CLECE* prinsipielt godtok en spansk tariffbestemmelse som tvang erverver til å overta arbeidstagere ved tilfelle av nyrekruttering etter å ha videreført overdragers aktivitet.

³⁴⁹ Se slik Consultation on Proposed Changes to the Regulations 2013 s. 23-25 og Impact Assessment 2013 s. 14 flg. Mer tilbakeholden om konsekvensene er Wynn-Evans 2013 s. 168-171 og 175-179.

³⁵⁰ McMullen 2012 s. 472-478 og Wynn-Evans 2013 s. 160-167.

³⁵¹ McMullen 2014 s. 152.

³⁵² Prassl 2013 s. 440-446.

5 Referanseregister

Lover og forarbeider

- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- 2001 Lov 15. juni 2001 nr. 33 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.).
Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 115 om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale
Ot.prp.nr.71 (1991-1992) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale
- 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Direktiver

- 2001 Rådskdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.
- 1998 Rådskdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998 om endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.
- 1977 Rådskdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter

Rettspraksis

Nasjonale domstoler

HR-2015-166-U

Rt. 2013 s. 258 *Verftssaken*

Rt. 2012 s. 983 *Songa Services*

HR-2012-1227-U

HR-2011-2275-U

Rt. 2011 s. 1755 *Gate Gourmet*

Rt. 2010 s. 330 *Bardufoss Flyservice*

Rt. 2006 s. 71 *SAS-Braathens*

Rt. 2001. s. 248 *Olderdalen Ambulanse*

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*

Rt. 1997 s. 1965 *Eidesund*

Rt. 1997 s. 1954 *Løten SFO*

Rt. 1995 s. 849 *Keiserinnen*

Rg. 2011 s. 873

LG-2011-84696

LB-2010-31001

LB-2014-29914

LG-1995-672 *Eidesund*

ARD 28/2008

EFTA-domstolen

E-10/14 *Deveci*

E-2/04 *Rasmussen*

E-3/01 *Viggósdóttir*

E-3/96 *Ask*

E-2/96 *Ulstein*

E-3/95 *Langeland*

E-2/95 *Eidesund*

EU-domstolen

C-688/13 *Gimnasio Deportivo San Andres* EU:C:2015:46

C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* EU:C:2014:2197

C-458/12 *Amatori* EU:C:2014:124
 C-426/11 *Alemo-Herron* EU:C:2013:521
 C-108/10 *Scattolon* Saml. 2011 I-7491
 C-463/09 *CLECE* Saml. 2011 I-95
 Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til avgjørelse C-463/09 *CLECE*
 C-386/09 *Briot* Saml. 2010 I-8471
 C-151/09 *UGT* Saml. 2010 I-7591
 C-466/07 *Klarenberg* Saml. 2009 I-803
 Generaladvokat P. Mengozzis forslag til avgjørelse C-466/07 *Klarenberg*
 C-458/05 *Jouini* Saml. 2007 I-7301
 C-438/05 *Viking Line* Saml. 2007 I-10779
 C-341/05 *Laval* Saml. 2007 I-11767
 C-499/04 *Werhof* Saml. 2006 I-2397
 Forente saker C-232/04 og C-233/04 *Guney-Görres* Saml. 2005 I-11237
 C-340/01 *Abler* Saml. 2003 I-14023
 Generaladvokat L.A Geelhoeds forslag til avgjørelse C-340/01 *Abler*
 C-51/00 *Temco* Saml. 2002 I-969
 Generaladvokat L.A Geelhoeds forslag til avgjørelse C-51/00 *Temco*
 C-175/99 *Mayeur* Saml. 2000 I-7755
 C-172/99 *Liikenne* Saml. 2001 I-745
 Forente saker C-173/96 og C-247/96 *Hidalgo* Saml. 1998 I-8237
 Forente saker C-127/96, C-229/96 og C-74/97 *Hernandez Vidal* Saml. 1998 I-8179
 Generaladvokat Georges Cosmas' forslag til avgjørelse C-127/96 *Hernandez Vidal*
 C-13/95 *Süzen* Saml. 1997 I-1259
 Generaladvokat Antonio La Pergolas forslag til avgjørelse C-13/95 *Süzen*
 Forente saker C-171/94 og C-172/94 *Merckx* Saml. 1996 I-1253
 C-48/94 *Rygaard* Saml. 1995 I-2745
 C-449/93 *Rockfon* Saml. 1995 I-4291
 C-392/92 *Schmidt* Saml. 1994 I-1311
 C-209/91 *Watson Rask* Saml. 1992 I-5755
 Forente saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Katsikas* Saml. 1992 I-6577
 C-29/91 *Redmond Stichting* Saml. 1992 I-3189
 362/89 *d'Urso* Saml. 1991 I-4105
 Forente saker 144/87 og 145/87 *Berg* Saml. 1988 2559
 101/87 *Bork* Saml. 1988 3057
 324/86 *Daddy's Dance Hall* Saml. 1988 739
 287/86 *Ny Mølle Kro* Saml. 1987 5465
 24/85 *Spijkers* Saml. 1986 1119
 Generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til avgjørelse 24/85 *Spijkers*

105/84 *Mikkelsen Saml.* 1985 2639

135/83 *Abels Saml.* 1985 469

Juridisk litteratur

Andersen, Lars Svenning, «Virksomhedsoverdragelsesloven og de kollektive overenskomster», I: *Septemberforliget 100 år*, Andreassen, Marie-Louise, Jens Kristiansen, Ruth Nielsen (red), 1. utgave, (København 1999), s. 1-21

Andersen, Lars Svenning, Bjarke Vejby og Jeppe Høyer Jørgensen, *Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse: med kommentarer*, 5. utgave, (København 2009)

Andreassen, Anders Vibe, "Om anvendelsesområdet for Direktiv 77/187/EØF og virksomhedsoverdragelsesloven med særligt henblik på offentlige myndigheders udliciteringer", *Justitia*, Årg. 23, Nr. 3, (København 2000) s. 3-47

Baudenbacher, Carl, x, I: *EEA-EU Relations*, Müller-Graff og Selvig, (Berlin 1999) s. 79

Bårdsen, Merete, «Anvendelse av direktivet om virksomhetsoverdragelse i situasjoner hvor det ikke overføres ansatte – EF-domstolens dom i Abler-saken», *Arbeidsrett*, Årg. 1, Nr. 2, (Oslo 2004), s. 141-146

Davies, Paul, «Amendments to the Acquired Rights Directive», *Industrial Law Journal*, Årg. 27, Nr. 4, (Oxford 1998), s. 365-373

Davies, Paul, «Opting out of Transfers», *Industrial Law Journal*, Årg. 25, Nr. 3, (Oxford 1996), s. 247-254

Davies, Paul, "Taken to the Cleaners? Contracting Out of Services Yet Again", *Industrial Law Journal*, Årg. 26, Nr. 2, (Oxford 1997), s. 193-197

Davies, Paul, "Transfers – The UK Will Have to Make Up Its Own Mind", *Industrial Law Journal*, Årg. 30, Nr. 2, (Oxford 2001), s. 231-235

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle Arbeidsrett*, Bind 1, 1. utgave (Oslo 2009)

Evju, Stein, «Virksomhetsoverdragelse i utvikling Høyesteretts dom 31. januar 2006», *Arbeidsrett*, Årg. 3, Nr. 1 (Oslo 2006), s. 52-64

Evju, Stein, "Market Freedoms, Labour Market Regulation and Trade Union Rights – Worlds Apart in EU Law?", I: *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001-2010*, 1. utgave, (Oslo 2010), s. 372-382

Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger", I: *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001-2010*, 1. utgave, (Oslo 2010), s. 449-515

Evju, Stein, «Virksomhetsoverdragelse, forholdet til revisjon av overdragers tariffavtale – EU-domstolens dom 18. juli 2013, sak C-426/11 Mark AlemoHerron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd», *Nytt i privatretten*, Årg. 15, Nr. 4, (Oslo 2013), s. 2-3

Evenrud, Liv Torill, Kommentarer til aml. § 16-1, *Arbeidsrett.no*,
<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/16/2/>, [Sitert 24.04.15]

Fredriksen, Halvard H., «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, Årg. 48, Nr. 6, (Oslo 2013), s. 371-399

- Fougner, Jan, “Virksomhetsoverdragelse og tilpasning”, *Arbeidsrett*, Årg. 3, Nr. 1, (Oslo 2006), s. 65-76
- Fougner, Jan og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*, 1. utgave, (Oslo 2006)
- Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave, (Oslo 2011)
- Fougner, Jan, Lars Holo, Trond Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: kommentarutgave*, 2. utgave, (Oslo 2013)
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, (Oslo 2006)
- Jakhelln, Henning, «Arbeidsforholdets stilling ved virksomhetsoverdragelse fra konkursbo – En studie i krysningsfeltet mellom kontinuitetshensyn og opphørshensyn med særlig henblikk på adgangen til å avtale prøvetid», *Arbeidsrett*, Årg. 5, Nr. 3, (Oslo 2008), s. 185-238
- Jetlund, Martin, “Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del virksomhet”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 4, (Oslo 2010), s. 295-363
- Johansen, Atle Sønsteli, “Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/187/EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt.XII A.», *Lov og Rett*, (Oslo 2002), s. 447-453
- Johansen, Atle S., Einar Stueland (red), *Arbeidsmiljøloven: kommentarer og praksis*, 1. utgave, (Oslo 2011)
- Källström, Kent og Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 3. utgave, (Uppsala 2013)
- Klingsten, Mette, *Ansættelsesretlige aspekter ved virksomhedsoverdragelse*, 1. utgave, (København 2002)
- Loibner, Günther, «Betriebsübergang bei Auftrags- und Funktionsnachfolge», *Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht*, 2004, s. 136
- Lunning, Lars og Gudmund Toijer, *Anställningsskydd: En lagkommentar*, 10. utgave, (Stockholm 2010)
- Moland, Kine, «Virksomhetsoverdragelse: Betydningen av omgåelseshensikt ved vurderingen av om virksomheten har beholdt sin identitet etter arbeidsmiljøloven § 16-1», *Arbeidsrett*, Årg. 6, Nr. 2, (Oslo 2009), s. 55-97
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, 1. utgave, (Lund 2004)
- McMullen, John, «TUPE Transfers: The Cracks Still Show», *Industrial Law Journal*, Årg. 30, Nr. 4, (Oxford 2001), s. 396-400
- McMullen, John, “Service Provision Change Under TUPE: Not Quite What We Thought”, *Industrial Law Journal*, Årg. 41, Nr. 4, (Oxford 2012), s. 471-478
- McMullen, John, «TUPE: Ringing the (Wrong) Changes. The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014», *Industrial Law Journal*, Årg. 43, Nr. 2, (Oxford 2014), s. 149-169
- McMullen, John, “TUPE and Mothballs”, *Industrial Law Journal*, Årg. 43, nr. 2, (Oxford 2014), s. 185-193

Mønsted, Kåre og Niels Kjellegaard Jensen, "Ny afgørelse om rækkevidden af virksomhedsoverdragelsesloven", *Ugeskrift for Retsvæsen*, Årg. 131, Nr. 41, (København 1997), s. 429-433

Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse*, 1. utgave, (Oslo 2013)

Poulsson, Einar Østerdahl, «Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/187/EØF, jfr. arbeidsmiljøloven kpt. XIIA - replikk til advokat Atle S. Johansen», *Lov og Rett*, (Oslo 2003), s. 57-58

Poulsson, Einar Østerdahl, «Virksomhetsoverføring - erververs undersøkelsesrett og -plikt - kjøpsrett og arbeidsrett», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 2, (Oslo 2005), s. 93-107

Prassls, Jeremias, "Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law", *Industrial Law Journal*, Årg. 42, Nr. 4, (Oxford 2013), s. 434-446

Schaunburg-Müller, Peer og Erik Werlauff, *Udlicitering og medarbejdere – Ret og pligt i forhold til medarbejderne ved offentlig udlicitering og privat outsourcing*, 5. utgave, (København 2011)

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, (Oslo 2013)

Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell Arbeidsrett*, 1. utgave, (Oslo 2014)

Storeng, Nils. H., Tom Henrik Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, (Oslo 2014)

Wynn-Evans, Charles, «In Defence of Service Provision Changes», *Industrial Law Journal*, Årg. 42, Nr. 2, (Oxford 2013), s. 152-179

Wynn-Evans, Charles, "Transfers of Undertakings: Principle and Pragmatism in the CJEU", *Law Quarterly Review*, Årg. 130, (2014), s. 202-206

Andre kilder

ADI (U.K.) Limited v Firm Security Group Limited [2001] IRLR 542 (ADI)

ECM (Vehicle Delivery Service) Ltd v Cox [1999] ICR 1162

Mona Bråten (red), *Omstilling i norske virksomheter, FAFOS rådsprogram 2009 – 2011*, (Oslo 2011)

Commission Report on Council Directive 2001/23/EC av 18. Juni 2007

Com 94 (300), Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses

Department of Trade and Industry: TUPE Draft Revised Regulations - Public Consultation Document URN 05/926 Mars 2005

Department for Business Innovation and Skills: Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 – Consultation on Proposed Changes to the Regulations Januar 2013

Department for Business Innovation and Skills: Revision of the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 – Impact Assessment November 2013

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol av 1994